This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 201 471

Ueber die

Römische Conventionalstrafe

und die

Strafklauseln der fränkischen Urkunden.

Von

Dr. Wilhelm Sjögren,
Privatdocenten der Rechte an der Universität Upsala.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1896.

Fort X
S

Druck von Julius Sittenfeld in Berlin W.

OCT 2 0 1908

Verlags-Archiv 2442.

Vorwort.

In dem vorliegenden Schriftchen hat der Verfasser zwei Abhandlungen, von denen die eine sich innerhalb des römischen, die andere innerhalb des germanischen Rechts bewegt, zusammenzuführen gewagt. Zur Noth möchte dies dadurch gerechtfertigt werden können, dass in der Darstellung wenigstens ein Hinweis auf ein der römischen Conventionalstrafe und den fränkischen Strafklauseln gemeinsames Merkmal enthalten ist. Die erste Abhandlung sucht durch die Zusammenstellung einer Reihe von Anwendungsfällen der Conventionalstrafe einen neuen Gesichtspunkt für die Lehre von derselben zu gewinnen. Dabei war dem Verfasser vor allem daran gelegen, diesen Gesichtspunkt hervorzuheben, während die Häufung des Quellenmaterials sowie der Litteraturnachweise um ihrer selbst willen weniger geboten erschien. Sodann waren gelegentliche Streifzüge in das Gebiet der allgemeinen Rechtslehre nicht ganz zu vermeiden. Der Schwerpunkt der zweiten Abhandlung liegt in dem Versuch einer Construction, welche die eigenthümliche Fassung der fränkischen Strafdrohungen unter Wahrung ihres Charakters von Privatdispositionen erklärt. Das Thema ist früher eingehend von R. Löning „Ueber Ursprung und Bedeutung der in den altdeutschen Urkunden enthaltenen Strafklauseln“

(zugleich als Anhang zu dem Werke „Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen", Strassburg 1876) behandelt worden. An diese Arbeit soll unsere Abhandlung regelmässig — sei es zustimmend oder ablehnend — anknüpfen. In der That haben die Ausführungen Löning's zu den hier gebotenen Veranlassung gegeben, ebenso wie sie für den Umfang und Zweck derselben massgebend gewesen sind.

In Bezug auf die stilistische Seite der Darstellung möge es dem Ausländer nachgesehen werden, wenn er die Schwierigkeiten der deutschen Sprache nur in sehr unvollkommener Weise zu überwinden vermochte.

Upsala, den 15. November 1895.

Wilhelm Sjögren.

Inhalt.

I.

Die römische Conventionalstrafe.

Seite

Kap. I. Bemerkungen zu der heutigen Lehre von der Conventionalstrafe.

§ 1. Die Feststellung des Begriffes 3

Wendt's Definition und die herrschende Ansicht. Der Begriff der Strafe, insbesondere der Privatstrafe. Die gewillkürte Strafe. Die Conventionalstrafe als eine abgeschwächte Variante der Strafe.

§ 2. Kritische Bemerkungen über das Fundament der Conventionalstrafe 12

Kritik der herrschenden Ansicht über die in Bezug auf das Fundament der Conventionalstrafe zu unterscheidenden Fälle. Der materielle Gehalt des Fundaments und die Kategorie des bedingten Vertrages. Der Begriff der naturalis obligatio und das Fundament der Conventionalstrafe. Kritik der Wendt'schen Formulirung.

§ 3. Das Fundament der Conventionalstrafe und die Privatdisposition im engeren Sinne 19

Bemerkungen über die Verstärkungsbedürftigkeit gewisser Verkehrsgebilde und ihre Sicherung durch eine Privatdisposition. Vergleich zwischen dieser Privatdisposition und den materiellen Rechtsgeschäften. Anknüpfung an die s. g. „Schleichwege des Lebens." Loyale und illoyale Anwendung der Conventionalstrafe als Symptome der Privatdisposition i. e. Sinne.

Kap. II. Die typischen Fundamente der römischen Conventionalstrafe.

§ 1. Der Compromiss 24

Inhalt und principielle Schwäche dieser Verabredung. Die Concurrenz mit dem ordentlichen Process und die begriffliche Dialektik in der Geschichte des Schiedsgerichtsinstitutes. Die Schwäche des römischen Compromisses und die Anwendung der

Seite

Conventionalstrafe. Das Verhältniss zwischen dem Fundamente der Strafe und dem Sicherstellungsvertrage.

§ 2. Der Vergleich 32

Zeugnisse der Quellen über die Anwendung der Conventionalstrafe. Inhalt und principielle Schwäche des Vergleiches. Hindernisse für die volle Wirksamkeit des Vergleiches im römischen Rechte. Der Vergleich als Anerkennung und als pactum de non petendo.

§ 3. Die Stipulation 36

Die Mitwirkung der Conventionalstrafe bei der Entstehung der stipulationes faciendi. Die Conventionalstrafe als Sicherungsmittel in der Zeit des s. g. Verfalles der Stipulation. Die römischen Quellen. Die Basiliken und sonstige Rechtsquellen der byzantinischen Zeit.

§ 4. Der Vorvertrag 45

Die Concretion des facere und die dadurch bedingte Schwäche der Rechtsgebilde. Quellenzeugnisse für die Anwendung der Conventionalstrafe bei dem Vorvertrage. Die zwitterhafte Stellung des Vorvertrages zu den sonstigen materiellen Rechtsgeschäften.

§ 5. Der Gesellschaftsvertrag 48

Quellenzeugnisse für die Anwendung der Conventionalstrafe beim Gesellschaftsvertrage. Die Schwäche der juristischen Wirkungen des Gesellschaftsvertrages.

§ 6. Die Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter . . 50

Quellenzeugnisse für die Anwendung der Conventionalstrafe bei dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Der Vertrag zu Gunsten Dritter als ein Verkehrsgebilde schwachen Characters. Prüfung der Gründe für die Ungültigkeit des Vertrages. Die allmähliche Abschwächung der Ungültigkeit. Die Quellenzeugnisse für die Anwendung der Conventionalstrafe bei Verträgen zu Lasten Dritter. Ueber die Möglichkeit durch Verträge Pflichten seitens Dritter zu constituiren.

§ 7. Die Verabredung einer Servitut 57

Zeugnisse der Quellen. Anfängliche Unmöglichkeit und spätere Abschwächung derselben. Die Entwickelung im spätklassischen und im Justinianischen Recht. Das Verhältniss zu der lex rei suae dicta.

§ 8. Die Zinsverbindlichkeit 62

Quellenzeugnisse. Die Schwäche des Anspruches auf Verzugszinsen. Das officium iudicis. Die Eigenthümlichkeit der poenae stipulatio pro usuris.

Seite

§ 9. Verbindlichkeit zu nicht geldwerthen Leistungen . . 65

Die operae libertorum. Die eheliche Treue. Die donatio sub modo. Die sponsalia. Die Unlöslichkeit der Ehe. Die Naturalerfüllung einer geschuldeten Leistung.

Kap. III. Ergebnisse.

§ 1. Die Schwäche des Fundaments und die Bedeutung der Privatdisposition im engeren Sinne 72

Der Begriff einer schwachen Obligation. Die Conventionalstrafe als Privatdisposition i. e. S. Der Zusammenhang zwischen den beiden Arten der Privatdisposition i. e. S.

§ 2. Controversen innerhalb der Lehre von der Conventionalstrafe 74

Das Verhältniss zwischen dem Strafanspruch und der Klage aus dem Hauptcontracte. Cumulative, alternative und successive Haftung bezw. Klagerecht. Die Controverse über die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe.

§ 3. Schlussbemerkung 83

Der gesetzliche Strafschutz obligatorischer Rechtsgebilde. Die Abwechselung zwischen Legal- und Privatdisposition. Die einseitige Willenserklärung als Privatdisposition im engeren Sinne.

II.

Die Strafklauseln der fränkischen Urkunden.

Kap. I. Die Anknüpfung des südgermanischen Strafgedinges an das römische Recht 89

Ueber den Begriff der Rechtsunsicherheit. Bemerkungen über das Verhältniss zwischen den römischen und den langobardischen Conventionalstrafen. Das Gewährleistungsversprechen im römischen und im germanischen Recht. Die Unsicherheit der rechtlichen Wirkung der Urkundenbegebung.

Kap. II. Die Strafklauseln der fränkischen Urkunden.

§ 1. Allgemeines 100

Das Schema für diese Klauseln. Die Verbreitung derselben. Die Eigenthümlichkeit der fränkischen Strafklauseln im Vergleich zu den römisch-langobardischen Conventionalstrafen. Die Ansicht Löning's. Die Aufgabe dieser Untersuchung.

§ 2. Bemerkungen zu der Entstehungsgeschichte der fränkischen Strafklauseln 104

Der innere und äussere Zusammenhang mit dem Gewähr-

Seite

leistungsversprechen. Die apposita und opposita persona. Die stipulatio Aquiliana, die lex Aquilia und die lex Arcadia.

§ 3. Ueber den Rechtsgrund der Strafdrohung 115

Die Ansicht Löning's. Vergleich mit den römischen Conventionalstrafen. Der Gegensatz zwischen gesetzlichen und gewillkürten Dispositionen im germanischen Recht. Die Bestimmungen über den Betrag der Bussen. Vergleich zwischen dem Thatbestand, auf welchen die Bussen gemünzt sind, und den in den Volksrechten definirten Delicten.

§ 4. Die Privatdisposition und das Fundament der Strafe . 121

Ueber die dem germanischen Rechte eigenthümliche Auffassung von dem Verhältniss zwischen einem Rechtsgeschäft, das den Parteiintentionen gemäss absolute Wirkung haben soll, und seiner Wirkung, dem subjectiven Rechte. Die dingliche Wirkung des Vertrages um Gut. Belege aus den fränkischen Formelsammlungen. Ergebnisse hinsichtlich des Fundamentes und der Privatdisposition. Die practische Bedeutung oder Realisirbarkeit der Strafklauseln.

§ 5. Die clausula heredum und die zwischengeschobene Person 136

Die Stellung der Erben in Bezug auf Liegenschaftsveräusserungen. Die ältere Ansicht über die Entstehung des Beispruchsrechts. Die neuere Ansicht. Die Bedeutung des Beispruchsrechts für die Erklärung der absolut gefassten Strafdrohungen. Die zwischengeschobene Person. Anknüpfung an die römische Verkehrssitte. Die Bedeutung der zwischengeschobenen Person in den fränkischen Urkunden.

§ 6. Die Vertheilung der Busse zwischen dem Verletzten und dem Fiscus 143

Die Ansichten von Löning und Bluhme. Die Privatdisposition i. e. S. Die Möglichkeit einer Anknüpfung an die römisch-byzantinischen Fiscalmulten. Ergebniss.

Kap. III. Die Ausläufer der Strafklauseln in dem späteren Mittelalter 147

Die Androhung von kirchlichen Strafen. Vergleich mit den früher besprochenen Strafklauseln. Die Bedeutung der untechnisch gefassten Verwünschungsklauseln. Das Siegel als Bekräftigungsmittel von Urkunden. Das Gewährleistungsversprechen. Die Rückkehr zu der Form der römischen Conventionalstrafe.

I.

Die römische Conventionalstrafe.

Kap. I.

Bemerkungen zu der heutigen Lehre von der Conventionalstrafe.

§ 1.

Die Feststellung des Begriffes.

Schon vor mehr als zehn Jahren wurde von Wendt gelegentlich einer Untersuchung über die juristische Methode eine Revision der herrschenden Auffassung über das Wesen der Conventionalstrafe in Anregung gebracht[1]). Der Anstoss ist zwar nicht unbeachtet, aber erfolglos geblieben. Die beantragte Revision bezog sich nicht in erster Linie auf die einzelnen Rechtssätze, die in der Lehre von der Conventionalstrafe zur Anwendung kommen, sondern vor allem auf die principielle Festlegung des allgemeinen Begriffes und der Function jenes Rechtsgebildes[2]). Wendt definirte: „Conventionalstrafen sind (daher), in allgemeinster Fassung, Strafen, welchen Jemand sich vertragsmässig unterwirft, und wie die Strafandrohung, so geht auch die Norm (im bekannten Binding'schen Sinne) von der Willkür aus: ein Gebot oder Verbot, dessen Verletzung,

[1]) *Wendt*, Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis. Jahrb. f. Dogm. XXII S. 299 ff.

[2]) Von vornherein sei darauf aufmerksam gemacht, dass in dieser Abhandlung die Conventionalstrafe nur im gewöhnlichen Sinne verstanden wird, wie sie z. B. in den Pandektenlehrbüchern unter diesem Namen zur Behandlung kommt. Demgemäss liegen die processualischen Streitsponsionen sowie die stipulationes praetoriae et judiciales ausserhalb dieser Untersuchung. Auch den weiteren Umfang, den *Wendt* dem Begriff der Conventionalstrafe zu geben scheint, indem er *innerhalb* dieses Begriffes zwischen Verwirkungsverträgen und Strafcontracten unterscheidet (a. a. O. S. 407 vgl. *Wendt*, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 2 S. 149), lehnen wir aus terminologischen Gründen ab.

sei es Nichterfüllung oder Zuwiderhandeln, unter jene vom freien Willen ausgehende Strafe gestellt werden soll“ [1]). Diese Begriffsbestimmung weicht in mehreren Beziehungen von der herrschenden Ansicht ab: vor allem durch die energische Hervorhebung der *Strafnatur* jenes Rechtsgebildes, die durch die gewöhnlichen Definitionen verwischt wird [2]).

Gegen diesen Punkt ist neuerdings von Karlowa Einspruch erhoben worden, einmal, weil eine solche Auffassung nicht in den Quellen begründet sei, und sodann, weil die Conventionalstrafe, wie die herrschende Ansicht behauptet, die Function eines Schadenersatzes, insofern wenigstens das ältere römische Recht zwischen Strafe und Schadenersatz nicht genau unterscheide, vielfach ausgeübt habe [3]). Richtig ist nun, dass Wendt zu seiner Definition nur von einem allgemeinen methodologischen Grundsatz aus gekommen ist, und den Beweis für ihre Quellenmässigkeit nicht angetreten hat, allein dies wäre kaum ein zureichender Grund, das Ergebniss zu verwerfen, wenn nur jener Grundsatz, der einfach darauf hinausgeht, „den reinen Rechtsbegriff frei von aller ihm ex facto anklebenden Färbung und Trübung darzustellen“, richtig wäre, was von Karlowa nicht bestritten worden ist. Denn, dass die Quellen durch Anwendung einer *richtigen* Methode in einer falschen Beleuchtung erscheinen könnten, dürfte wohl bei aller jetzt herrschenden Geringschätzung der logischen Elemente der Jurisprudenz nicht angenommen werden. Es ist aber zuzugeben, dass die Dogmatik des Rechts die ihr von Wendt gestellte methodische Aufgabe, die an sich zweifellos einen berechtigten Kern enthält, nicht in aller Strenge durchführen kann, ohne dem wirklichen Recht, das sie doch referiren soll, Gewalt anzuthun. Es kommt dies daher, weil Wendt *alles* auf die rein logische Trennung und

[1]) *Wendt*, Rechtssatz und Dogma, a. a. O. S. 406.

[2]) Die *Wendt*'sche Auffassung findet sich schon bei *Chr. Fr. Kersten*, De poena conventionali. Lips. 1839 p. 7: „poena autem conventionalis nihil aliud est quam: Malum s. incommodum, partium conventione definitum, quod quis propter conventionem culpa aut prorsus non, aut non rite impletam, incurrit.“ Ferner l. c. p. 9: „Finis poenae conventionalis est securitas negotii, poenae adjectione expetita, Remedium, quo expetitur hic finis, coercitio eius est, qui fidem frangendo culpa promissis non stetit“.

[3]) *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte II S. 720ff.

Zusammenfassung der einzelnen Merkmale ankommen lässt, während der *functionelle* Begriff, wie er sich vorzugsweise durch den *Zweck* der Rechtsgebilde bestimmt, bei der Begriffsbildung übersehen wird. Wenn Karlowa behauptet, dass in der ausbedungenen poena auch das Interesse des Gläubigers stecke[1]), so läuft dies freilich in der That nur auf ein einfaches Bestreiten des von Wendt aufgestellten methodischen Postulates hinaus. Es könnte ja im Sinne Wendt's erwiedert werden, dass der Begriff des Interesses niemals im Begriffe der poena stecken könne, weil eine richtige Methode die Trennung jener beiden Begriffe verlangt, eine Trennung, die garnicht ausschliesse, dass z. B. die Geldsumme, welche das Interesse ausmacht, von der Geldsumme, welche die poena beträgt, abgerechnet werde. Dies sei eine Regel, die nur die Leistungen betrifft, nicht den juristischen Charakter der den Leistungen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Zwischen poena qua poena und der Geldleistung, durch welche der Anspruch auf poena befriedigt wird, liege der begriffliche Unterschied doch auf der Hand. Durch eine solche Argumentation ist jedoch der Einwand Karlowa's keineswegs definitiv erledigt, und zwar einfach deswegen, weil es ausserhalb des wirklichen Rechts eine Summe von Begriffen festen Inhalts, an der die wirklichen Rechtsgebilde auf ihren wahren Gehalt geprüft werden könnten, nicht giebt, m. a. W. weil sich innerhalb des wirklichen Rechts keine *reinen* Rechtsbegriffe im Sinne Wendt's auffinden lassen.

Immerhin scheint uns in der hier in Rede stehenden Frage die Wendt'sche Auffassung, insofern es sich um *römisches* Recht handelt, der Wahrheitserkenntniss näher zu sein, als die herrschende Ansicht. Die Frage nach dem Wesen der römischen Conventionalstrafe darf nicht von der Frage abhängig gemacht werden, ob schon das ältere Recht zwischen Strafe und Schadenersatz genau unterschieden habe, da doch nicht behauptet werden soll, dass zwischen Privatstrafe im gewöhnlichen Sinne und Schadenersatz kein Unterschied bestanden hätte. Es fragt sich dann, inwieweit die Differenzirung vollzogen ist, bezw. ob bei ihrer Durchführung über das ganze Rechtsgebiet dergestalt eine

---

[1]) *Karlowa*, a. a. O. S. 721.

Ausnahme in Bezug auf die Conventionalstrafe stattfindet, dass diese hinter dem allgemeinen Differenzirungsgrad stehen geblieben ist. Wenn diese Frage bejaht würde, so wäre weiter zu untersuchen, ob die Conventionalstrafe in Folge davon in den Quellen nur per abusionem mit den Namen „poena“ bezeichnet wird. Allein selbstredend muss davon ausgegangen werden, dass die Conventionalstrafe das ist, wofür sie sich ausgiebt, d. h. eine versprochene *Strafe*, nicht ein versprochener *Schadenersatz*. Dann ist sogleich zu bemerken, dass die Möglichkeit, dass der Name einer Strafe hier im uneigentlichen Sinne gebraucht wird, eine sehr schwache ist, weil sie nirgends in den Quellen auch nur angedeutet wird. Ausgeschlossen ist eine solche Möglichkeit dadurch freilich nicht, weil es ja denkbar wäre, dass die römischen Juristen über die Conventionalstrafe Rechtsregeln vorgetragen haben, die mit dem Begriff der Strafe schlechthin im Widerspruche stehen, ohne dass sie eine terminologische Bemerkung hierüber als nöthig erachtet haben.

Mit Recht wird von Wendt der Begriff der Strafe, insbesondere der Begriff einer Privatstrafe, als eine für die Lehre von der Conventionalstrafe präjudicielle Untersuchung behandelt[1]). Erstens wird die Ansicht verworfen, „dass das Wesen der Strafleistungen sich danach unterschiede, ob sie durch gesetzliche Vorschrift angedroht oder aber durch Verträge willkürlich begründet seien.“ Wir stimmen dem prinzipiell bei, bemerken aber, dass die völlige Gleichstellung der gewillkürten und der gesetzlichen Strafe, wenn es sich um römisches Recht handelt, nicht gerechtfertigt ist. Dies lässt sich schon aus inneren Gründen darthun. Denn, weil die Strafe im grossen Ganzen die in die Interessen der Einzelnen am meisten einschneidende Massregel ist, durch welche die Gesammtheit den Rechtsverletzungen entgegenzutreten versucht, so scheint bei einer einigermassen entwickelten Cultur die Strafe in ihren schärfsten Formen einerseits ihrem Grunde nach von der Rechtsordnung selbst auszugehen, andererseits ihrem Zweck nach die Bestimmung zu haben, die Interessen der Gesammtheit zu wahren. Die schärfsten Formen sind aber naturgemäss für

---

[1]) *Wendt*, a. a. O. S. 399 ff.

die Begriffsbildung die in erster Linie massgebenden, insofern sie den Begriff am reinsten darstellen: in zweifelhaften Fällen ist eine Rechtsfolge dann als Strafe zu bezeichnen, wenn und insofern sie den schärfsten Strafformen ähnlich ist. Eine Rechtsfolge, die nach den beiden bezeichneten Richtungen hin von den schärfsten Formen der Strafe abweicht, mag immerhin eine Strafe sein, allein sie stellt sich als eine abgeschwächte Variante heraus. Jene dem reinen Begriff der Strafe innewohnenden Momente haben keine weitere Bedeutung, als dass der *Antheil* des Grundes, bezw. des Zweckes der Strafe, welcher dem objectiven Recht, bezw. der Gemeinschaft zugeschrieben wird, verhältnissmässig ein grösserer ist, als der Antheil der Legaldisposition an Rechtsfolgen, die nicht Strafen sind. Der Strafcharakter einer Rechtsfolge geht nicht dadurch verloren, dass sie von der Parteiwillkür auszugehen scheint, bezw. dass sie dem Anschein nach zur Wahrung der Einzelinteressen bestimmt ist, denn dies ist theilweise immer nur ein Schein, wohl aber wird er durch diese Umstände abgeschwächt. Im römischen Recht kommt die Abschwächung u. A. dadurch zum Vorschein, dass keine andere Conventionalstrafe, bezw. Privatstrafe als die Geldbusse — also nur die schwächste Form der Strafe — möglich ist.

Es ist davon auszugehen, dass der Conventionalstrafe mit der Privatstrafe die Beziehung auf den verletzten Einzelnen gemeinsam ist [1]). Die poena privata ist zunächst wiederum von zweierlei Gesichtspunkten aus zu charakterisiren, vom Gesichtspunkte des Delinquenten und von dem des Verletzten. Auch die öffentlichen Strafen sind von denselben Gesichtspunkten zu erörtern, aber die Nothwendigkeit auch den letztgenannten zu berücksichtigen, ist bei der Privatstrafe gesteigert. Man kann die Formulirung des Unterschiedes zwischen Strafe und Schadenersatz, die Wendt aufstellt, im Allgemeinen als richtig anerkennen, allein sie muss hinsichtlich der Privatstrafe zu Gunsten des Gesichtspunktes des Verletzten modificirt werden. Der Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses, dessen Verletzung sich als ein Privatdelict charakterisirt, liegt zwar, wie von Wendt

[1]) Zum Folgenden vgl. *Merkel*, Juristische Encyklopädie S. 142 ff.

hervorgehoben wird, auf der Seite des Delinquenten, [1]) aber — was hinzuzufügen ist — bei der Privatstrafe nicht in demselben Grade, wie bei der öffentlichen. Die beiden Gesichtspunkte nun, von denen der eine den Verletzten, der andere den Delinquenten ins Auge fasst, decken einander nicht, sondern gehen gewissermassen auseinander. Vom Standpunkt des Verletzten aus bedeutet die poena privata eine Genugthuung nicht bloss für die Verletzung von vermögensrechtlichen und sonstigen greifbaren Interessen, sondern auch für die Kränkung des Rechtsgefühls, sowie für die Minderung am persönlichen Werth, welche der Verletzte in den eigenen und fremden Augen durch das gegen ihn gerichtete Delict erlitten hat. Die Bedeutung der poena für den Verletzten geht also keineswegs in dem Bekommen einer Geldsumme auf. Noch weniger ist die Bedeutung der Strafe für den Delinquenten nur in der Vermögenseinbusse zu erblicken. Sie ist vielmehr für ihn ein Ausdruck des sachlichen und ethischen Unwerthes seiner That in deren ganzem Umfang und zwar ein selbstständiger Ausdruck: die Bedeutung der Strafe für den Delinquenten geht nicht darin auf, dass die genannte Wirkung in der Person des Verletzten hervorgebracht wird, sondern unabhängig davon ist der Zweck, bezw. die Wirkung der Strafe in der Person des Erstgenannten zu bestimmen: sie soll die seiner That entsprechenden Wirkungen in *seiner* Person zur Darstellung bringen, d. h. nicht nur Vermögenseinbusse bewirken, sondern auch Demüthigung, bezw. Herabsetzung des persönlichen Werthes u. s. w. zum Ausdruck bringen. Wenn man die beiden Gesichtspunkte zusammenfasst, so tritt von selbst die Vorstellung der Vergeltung, Sühne und dergl. hervor. Es ist die nicht weiter zu analysirende Einheit des durch die Leistung der poena geschaffenen Gesammtzustandes nach seinen beiden Richtungen hin: nach der Seite des Delinquenten und nach der Seite des Verletzten. Diese Einheit lösen die s. g. Straftheorien in ihre Momente auf, die Analyse aber, welcher das wirkliche Recht zu seinem Zweck bedarf, geht wenigstens

---

[1]) *Wendt*, a. a. O. S. 399. Vgl. auch *Gradenwitz*, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. S. 44.

auf früheren Culturstadien nicht so weit: hier sind daher die Mehrzahl der s. g. relativen Straftheorien offenbar unzutreffend.

Die Strafe soll ein Ausdruck für den Werth der That für den Delinquenten sowie wie für den Verletzten sein. Weil aber, wie schon angedeutet worden, die verletzten Interessen einerseits, die sachliche Bedeutung der That andererseits, nicht völlig commensurable Grössen sind, so streben sie danach das Strafmass in verschiedener Weise zu bestimmen. Die fortschreitende Entwickelung geht nun dahin, dass der Schwerpunkt auf die Seite der That verlegt wird, während die unmittelbare Rücksicht auf die greifbaren Interessen des Verletzten aufhört. Aus naheliegenden Gründen fällt diese Verschiebung mit der Thatsache zusammen, dass öffentliche Strafen an die Stelle der Privatstrafen treten. Jene Wandelung vollzieht sich unter der unmittelbaren Betheiligung der Gesammtheit: sie ist durch directes Eingreifen seitens der Staatsgewalt bewirkt. Die Staatsgewalt tritt zwischen den Parteien vermittelnd auf und bringt dadurch auch ihre eigenen Interessen zur Geltung. Naturgemäss ist ein solches Eingreifen seitens der Staatsgewalt vor allem bei den schwersten Formen des Delicts geboten. Das Ergebniss der Entwickelung lässt die Privatstrafe als eine abgeschwächte Variante der Strafe erscheinen.

Hierdurch erklärt sich auch, warum die gesetzlichen Strafen als die Hauptform der Strafe, die gewillkürten dagegen nur als eine abgeschwächte Variante erscheinen. Nur innerhalb eines beschränkten Gebietes und unter besonderen Voraussetzungen wird die Strafe in dem entwickelten Recht noch durch Parteidisposition bestimmt. Es geschieht dies theils *nach* der That — durch Vergleich — theils *im Voraus* — durch die Conventionalstrafe. Die Privatdispositionen decken hier anerkanntermassen nur den kleineren Theil des Gesammtgebietes. Dass die Leistung, welche durch den Vergleich in Strafsachen dem Delinquenten auferlegt werden kann, wenn man sie noch eine Strafe nennen will, nur eine abgeschwächte Variante der gesetzlichen Strafen darstellt, liegt auf der Hand. Eine solche Variante ist auch die Conventionalstrafe. Besonders deutlich tritt dies zu Tage, wenn man die Zusammenstellung der Conventionalstrafe mit Rechtsgebilden, die

an sich gar keinen pönalen Charakter haben, beachtet. Lehrreich scheint uns in dieser Beziehung z. B. die l. 11 pr. D. de usuris 22. 1, weil die dort angeregte Frage an illud, quod amplius ex consuetudine poenae nomine a quibusdam exactum est, ipsi Seio proficere deberet an rei publicae lucro cederet, auf der inneren Gleichartigkeit der usurae graviores mit den usurae solitae beruht, während die Entscheidung den Unterschied zwischen dem poenae nomine conceptum und den Rechtsfolgen des einfachen faenerare pecuniam publicam zur Geltung bringt. Vor allem aber ist an die zahlreichen Fälle zu erinnern, in welchen vom Standpunkte der Parteien eine Stipulation auf quanti ea res est mit einer Pönalstipulation gleichwertig erscheint, oder wo es von Rechts wegen zunächst gleichgültig ist, ob einem Rechtsgeschäft die Conventionalstrafe hinzugefügt wird oder nicht. Sodann werden bekanntlich die wichtigsten Consequenzen hinsichtlich der im Bezug auf die Conventionalstrafe anzuwendenden Rechtssätze daraus gezogen, dass das Strafgeding der Regel nach eine poenae *stipulatio* ist: die Klage ist die actio ex stipulatu, also keine Strafklage im gewöhnlichen Sinne, u. s. w. Man mag mit Wendt darauf dringen, dass die Rechtsdogmatik nur den reinen Rechtsbegriff darstellen soll; u. E. muss es zugestanden werden, dass die vielfach bezeugte Anwendung der Conventionalstrafe, um das Interesse zu fixiren, das auch in anderer Weise z. B. durch Judicialdisposition oder durch eine Stipulation auf quanti ea res est hätte fixirt werden können, eine Trübung erstens in die Function des Rechtsgebildes und zweitens in dessen Begriffe hineingebracht hat, die von der Dogmatik beachtet werden muss, wenn nicht die juristischen Begriffe ganz unabhängig von dem wirklichen Recht gebildet werden sollen. Eine *reine* Strafe hätte nicht in der Weise promiscue angewendet werden können. Die schärferen Strafarten schliessen solche Willkürlichkeit unbedingt aus.

Es ist daher nicht richtig zu verneinen, dass uns die römischen Rechtsquellen von der Conventionalstrafe nur ein schillerndes Bild liefern: das Institut erscheint in vielen Beziehungen als ein verkümmertes. Die Entwickelung hat dem in ihm enthaltenen Strafgedanken die Spitze abgebrochen und

ihn nach verschiedenen Seiten hin abgestumpft. Nach mehr aprioristischen Erwägungen ist also die Conventionalstrafe zwar eine Strafe, stellt sich jedoch den gesetzlichen Strafen des öffentlichen Rechts gegenüber als eine abgeschwächte Variante heraus[1]). Sie ist nur eine abgeschwächte Form, einmal, weil

[1]) A. a. O. S. 410 wirft *Wendt* die Frage auf, „ob denn Alles, was aussieht wie ein Strafvertrag und sich vielleicht selbst so bezeichnet, auch in Wirklichkeit ein solcher ist, oder ob nicht oft nur eine ungenaue, nicht ausreichend überlegte Benutzung des Wortes „Conventionalstrafe" vorliegt, während der Sache nach ganz andere Interessen und Absichten als Strafzufügung massgebend waren." Diese Frage kann aber überall gestellt werden, wo die Parteien über den Inhalt eines Rechtsgeschäfts zu verfügen scheinen. Sie wird in diesem Falle eine besondere Antwort kaum veranlassen können. Allein es scheint, als ob *Wendt* aus der Bejahung der zweiten Alternative weitgehende Schlüsse hinsichtlich der Beurtheilung der Quellen zu ziehen geneigt wäre. Die Fälle, in welchen eine das Interesse an rechtzeitiger Erfüllung u. s. w. sichernde Contractsklage vorliegt, bilden nach ihm keine wahren Anwendungen der Conventionalstrafe. In derselben Weise scheiden die in l. 40 D. de rebus creditis 12. 1 und l. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1 erwähnten Anwendungsfälle aus, weil hier die Conventionalstrafe nur die Function der Zinsenstipulationen ausübt. Vgl. *Wendt* a. a. O. S. 409 ff. *Wendt* will keinen Strafvertrag anerkennen, wenn nicht die Strafzufügung als solche das allein massgebende ist. Hier scheint uns zu wenig beachtet zu werden, dass das Recht bei Aufstellung seiner typischen Formen nicht Alles auf den subjectiven Zwecken der Parteien beruhen lassen kann, sondern vielfach denjenigen Mitteln, welche die Parteien zur Erreichung ihrer Zwecke anwenden, eine selbständige Stellung innerhalb des Rechtslebens gewähren muss. Auch nach *dieser* Seite hin besteht ein Postulat, das auf Wahrung des *Begriffes* hinausgeht. Der Begriff der Conventionalstrafe wird nicht dadurch verschwommen, dass die Parteien die Conventionalstrafe für Zwecke, die nach dem Willen der Rechtsordnung vorzugsweise durch andere Mittel zu erreichen sind, verwenden. In dem Fall der lex lecta nehmen wir unbedingt einen Strafvertrag an, die zweite Stelle aber giebt dazu keine Veranlassung, denn nichts zwingt uns in dieser stipulatio usurarum für den Fall des Verzuges einen Strafvertrag zu erblicken, vor allem nicht der Umstand, dass die Leistung für den Schuldner einen Nachtheil enthält, dem er sich unter einer Bedingung, deren Erfüllung oder Nichterfüllung in seiner Macht steht, unterworfen hat. Hierin ist *Wendt* beizupflichten (a. a. O. S. 411). An sich könnte das Gleiche von der lex lecta gesagt werden, indem das poenae nomine als ungenau zu bezeichnen wäre, allein auch dazu zwingt uns nichts, und wir müssen daher dabei stehen bleiben, dass der Vertrag das ist, wofür er sich ausgiebt. A. a. O. S. 411 scheint *Wendt* sogar den Strafcharakter solcher

sie eine Privatstrafe ist, und sodann, weil die Strafdrohung durch Privatdisposition geschaffen wird[1]). Den Beweis für die Behauptung des Strafcharakters der Conventionalstrafe glauben wir in einer Untersuchung über das Fundament des Strafgedinges, d. h. das Prinzipale, an das sich der Nebenvertrag als Sicherungsmittel anschliesst, niederlegen zu können, insofern durch eine solche Untersuchung die Function des Rechtsgebildes in einer Reihe von Einzelfällen zum Vorschein kommen soll.

§ 2.

Kritische Bemerkungen über das Fundament der Conventionalstrafe.

Die Einseitigkeit der Wendt'schen Auffassung liegt, wie schon angedeutet worden, darin, dass bei der Bildung des Begriffes die functionelle Seite des Rechtsgebildes zu kurz gekommen ist[2]), während umgekehrt die herrschende Ansicht die Definition fast ausschliesslich auf eine besondere Function —

Pönalstipulationen zu verneinen, die dazu dienen, wenigstens indirect „Nachdruck und Rechtsschutz" denjenigen Verträgen zu verleihen, die als nuda pacta keine obligirende Wirkung hatten. Diese Auffassung enthält eine Kritik nicht nur der Vereinbarungen der Parteien, sondern auch der Beurtheilung dieser Stipulationen seitens der römischen Juristen, die mit keinem Worte andeuten, dass die poena in solchen Fällen nur per abusionem angewendet wird. Wenn die *Wendt*'sche Auffassung streng durchgeführt würde, so wäre es u. E. nicht leicht, in den Quellen reine Strafverträge zu entdecken.

[1]) Ein dritter Gesichtspunkt, von dem aus man zu diesem Ergebnisse gelangen muss, ist die Erwägung, dass die Conventionalstrafe regelmässig auf eine *Vertragsverletzung* gemünzt ist. Auch darin liegt ein Grund für die Abschwächung des Strafcharakters. Denn die Vertheilung zwischen Strafe und Schadenersatz als Folgen der Rechtsverletzung ist im römischen Recht derartig durchgeführt, dass eine Strafe zum Schutz eines privatrechtlichen Vertrages nur ausnahmsweise vorkommt. Daher bildet sich die Verkehrs- und Rechtsanschauung, dass der Vertragsbruch nicht *strafbar* ist, und wenn dennoch durch Parteidisposition eine Strafbarkeit hergestellt wird, so bleibt der Strafcharakter der Rechtsfolge mehr oder weniger verkümmert.

[2]) Zwar ist auch *Wendt* mit einigen Worten auf die Frage nach dem Verkehrswerth der Conventionalstrafe eingegangen (siehe unten), allein was hierüber treffendes gesagt wird, kommt bei der Definition nicht zur Anwendung.

die Fixirung des Interesses — stellen will. Die Function der Conventionalstrafe, bezw. deren Verkehrswerth hängt nun vor Allem von dem Charakter des Fundaments der Strafe, d. h. von der Natur des principalen Verkehrsgebildes ab. Die Nothwendigkeit, dieses Fundament besonders zu untersuchen, ist u. E. in den bisherigen Darstellungen der Lehre von der Conventionalstrafe nicht genügend beachtet worden. An einem Punkte, nämlich wenn die Fälle, wo eine Conventionalstrafe unabhängig von einem Hauptcontracte in den Quellen erwähnt wird, besprochen wurden, müsste jene Frage freilich gestreift werden. Hier zeigt sich aber, dass es den Theorien am Verständniss für die juristische Natur des Fundaments der Strafe mangelt, und insbesondere, dass die *Einheitlichkeit* des Fundaments von der Theorie nicht hat aufrecht erhalten werden können. Eine solche Einheitlichkeit ist jedoch für die Einsicht in das Wesen der Conventionalstrafe ebenso nothwendig, wie z. B. ein Allgemeinbegriff von dem Delicte für das Strafrecht im gewöhnlichen Sinne unentbehrlich ist.

Regelmässig ist man nun von dem Grundsatz ausgegangen, dass alle Obligationen aus Verträgen durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe verstärkt werden können. Weil aber nicht übersehen werden konnte, dass in den Quellen einzelne Beispiele einer weiteren Anwendung, d. h. andere Fundamente der Conventionalstrafe vorkommen, so hat man sich durch Anknüpfung an die ziemlich unfruchtbare Eintheilung, die zwischen gültigen und ungültigen Obligationen unterscheidet, zu helfen versucht: bei den gültigen Obligationen sei die Anwendung des Verstärkungsmittels zweifellos zulässig, bei den ungültigen dagegen in einzelnen Fällen anerkannt[1]). Es folgt dann die Analyse der letzteren Fälle mit verschiedenen Ergebnissen. Wenn nun, wie früher allgemein, mit den Begriffen der Gültigkeit und der Ungültigkeit wie mit feststehenden Grössen und absoluten Gegensätzen operirt wird, so muss die Erklärung der Conventionalstrafe unnöthig erschwert und insbesondere deren Verkehrswerth — der doch in letzter Hand die Erklärung eines Rechtsgebildes abgeben muss — unverständlich werden. Entweder müsste die

[1]) Vgl. statt Aller *Vangerow*, Pand. III S. 339.

Conventionalstrafe ganz und gar überflüssig sein, weil die gültigen Obligationen ja keiner Sicherung zu bedürfen scheinen, oder sie müsste jeder Wirkung entbehren, weil das Gesetz bei seinen Vorschriften über die Ungültigkeit doch ernst zu verstehen ist und nicht dem Parteibelieben gestatten kann, die Ungültigkeit auf einem Umwege zu paralysiren. Lässt man aber den Begriff der Ungültigkeit seines schematischen Charakters wegen zunächst fallen — was übrigens hier schon darum geschehen sollte, weil Niemand die Zulässigkeit der Conventionalstrafe bei jeder Art von Ungültigkeit der principalen Obligation behauptet — so liegt die Nothwendigkeit vor, die Fälle, welche die Streitfrage, ob die Conventionalstrafe einen gültigen Hauptvertrag voraussetzt, hervorgerufen haben, genauer zu untersuchen und sie besonders mit den zweifellos zulässigen Fällen genauer zu vergleichen. Es würde sich dann herausstellen, dass der Gegensatz zwischen den beiden Gruppen keineswegs ein so scharfer ist, wie bisher angenommen.

Jedenfalls repräsentirt der Standpunkt, welcher als Regel eine gültige Principalobligation fordert und ausnahmsweise eine nicht gültige als taugliches Fundament der Conventionalstrafe anerkennt, eine Anschauung, die dem *materiellen* Gehalt des Fundaments eine entscheidende Bedeutung für die Zulässigkeit der Conventionalstrafe beilegt. Es liegt auf der Hand, dass wenn von diesem Standpunkte aus eine ungültige Obligation unter Umständen die Grundlage der Conventionalstrafe bilden kann, dies daher kommt, weil es *gerecht* erscheint, dass die Strafe bei einer Contravention auch hier verwirkt wird. Dass dies unter Umständen gerecht erscheinen kann, muss auf dem materiellen Gehalt des Fundaments, bezw. auf dessen Uebereinstimmung mit dem allgemeinen — nur technisch unentwickelten — Rechtsbewusstsein beruhen.

Neben der jetzt angedeuteten Gedankenreihe läuft aber in der Regel eine andere, die gleichfalls eine Erklärung der Fälle, wo unabhängig von einen Hauptcontracte die Conventionalstrafe angewendet wird, zu bieten scheint. Man operirt mit der Kategorie *des bedingten Vertrages*. Um die Anwendung der Conventionalstrafe in diesen Fällen zu erklären, hält man es für überflüssig, den Spuren des Verkehrsgebildes, welches das Fundament aus-

macht, nachzugehen, weil ja die Nichterfüllung auch seitens eines Nichtschuldners oder des Quasischuldners selbstredend als eine Bedingung in die Pönalstipulation aufgenommen werden könne. Diese Argumentation stellt aber das richtige Verhältniss zwischen dem, was Principale und dem, was Accessorium ist, auf den Kopf, stimmt auch mit sonst herrschenden Begriffsbestimmungen über die Bedingung und den bedingten Vertrag nicht überein[1]). Wenn die Bedingung mit der herrschenden Lehre als eine Selbstbeschränkung des Willens oder genauer als eine von dem wollenden Subjecte ausgehende Beschränkung der rechtlichen Wirkung einer Willenserklärung bezeichnet wird[2]), und zwar in dem Sinne, dass der Wille „aus freien Stücken hinter dem Willen zurückbleibt, der die typischen Wirkungen des Rechtsgeschäftes hervorbringt“[3]), so wird es in der That unmöglich, den Begriff einer Nichterfüllung, die für den Verfall der Conventionalstrafe vorausgesetzt werden muss, dem Begriff der Bedingung zu subsumiren. Denn wo sind hier die typischen Wirkungen, wenn der Wille sich *nicht* die Selbstbeschränkung, welche in der angeblichen Bedingung enthalten ist, auferlegt? Das Versprechen einer Strafe schlechthin hat ja keinen Sinn. Als Bedingung wird bei der Pönalstipulation das Ausbleiben

---

[1]) Ueber den Unterschied zwischen „der gewöhnlichen bedingten Verfügung und der Strafbestimmung“ handelt eingehend *Fitting*, Arch. f. civil. Praxis N. F. VI S. 404 ff. Unter Bezugnahme auf die l. 2 D. de his quae poenae causa 34. 6 wird die Verschiedenheit der Absicht, die der Hinzufügung einer Conventionalstrafe und der Festsetzung einer Bedingung zu Grunde liegt, hervorgehoben. Unerörtert bleibt die Frage, wie es kommt, dass der *Einzelne* eine Absicht zu strafen im Wege Rechtens realisiren darf. — In der älteren Litteratur findet sich der von *Fitting* hervorgehobene Unterschied z. B. bei *Lauterbach*, De poena conventionali (Diss. acad. III 113 S. 415—445) S. 428: „Secundum ejus requisitum est, ut constituatur ad promissorem *coercendum*“ . . . . . „Si itaque aliquid promissum sit in futurum quidem casum alicujus facti vel non facti, e. g. si Capitolium ascenderis vel non ascenderis; si Kalendis Stichum non dederis, si coelum non ascenderis, non statim poena videtur promissa; nisi etiam appareat, quod promissoris coercendi gratia quis illud stipulatus sit, alias conditionalis quidem est promissio, sed non poenalis.“

[2]) Vgl. *Windscheid*, Pand. I § 85.

[3]) *Pernice*, Labeo III S. 8.

einer Leistung gedacht. Diese Leistung ist *geschuldete* Leistung, mag auch das Geschuldetsein auf einem noch so schwachen Fundament beruhen. Die Leistung, auf deren Nichtvornahme die Strafe gemünzt ist, muss als Inhalt einer Obligation im weitesten Sinne gedacht werden und unterscheidet sich dadurch von einer Bedingung, deren Erfüllung auf dem Willen des Verpflichteten beruht[1]). Zwar ist zuzugeben, dass jene Obligation zunächt nur als ein obligationenähnliches Verkehrsgebilde charakterisirt werden kann. Insbesondere lässt sie sich nicht quellenmässig mit der naturalis obligatio in Verbindung bringen. Es wird nirgends gesagt, dass eine naturalis obligatio durch Conventionalstrafe verstärkt werden könne, und Beispiele einer Anwendung der Conventionalstrafe bei den als Naturalobligationen bezeichneten Verkehrsgebilden werden sich in den Quellen nicht finden lassen. Es kommt dies daher, weil die naturalis obligatio der Quellen, wenn es sich nicht um unklares Philosophiren handelt, ein durch und durch *positiv* bestimmter Begriff oder richtiger nur ein Sammelname gewisser Einzelfälle ist. Wenn man aber aus der Vorstellung, die diesem Namen zu Grunde liegt, einen *Begriff* machen will, wie dies z. B. in den Pandektenlehrbüchern geschieht (statt Aller Windscheid, Pand. II § 287), so stellt es sich heraus, dass das Fundament der Conventionalstrafe — wenn es nicht eine civilis obligatio ist — dem Begriff der Naturalobligation durchaus entspricht. Wir vermeiden aber im Folgenden diese Kategorie, nicht nur weil sie ein terminus technicus für gewisse genau bestimmte Fälle ist, sondern auch weil die scharfe Sonderung zwischen der civilis und der naturalis obligatio in Bezug auf die Fundamente der Conventionalstrafe nicht passen würde.

Auch Wendt hat zu der Frage nach der rechtlichen Natur des Fundaments der Conventionalstrafe Stellung ge-

[1]) Dass das Strafgeding auch bei den römischen Juristen unter Umständen als ein bedingter Vertrag angesehen wird, soll nicht bestritten werden. Allein, condicio ist ein „vieldeutiges Wort" *(Bekker)* und die Constructionsmittel, welche uns zu Gebote stehen, um es in seine verschiedenen Bedeutungen zu zerlegen, sind andere als die der römischen Juristen. Wenn die so gewonnenen Unterschiede sich nicht bei den römischen Juristen auch nur angedeutet finden, so brauchen sie darum dem römischen *Recht* nicht fremd zu sein.

nommen, und zwar mit Vermeidung sowohl der Ungültigkeitskategorie, als des Begriffes der bedingten Verträge [1]). Er sagt (a. a. O. S. 406): „Weder ist die Conventionalstrafe auf einen obligatorischen Vertrag beschränkt, noch ist sie nur zwischen Gläubiger und Schuldner zur Bestärkung ohnehin bestehender Obligationen zulässig.“ Sodann S. 407: „Wohl mögen hinsichtlich dieser Norm“ — unter Norm wird hier das, was wir das Fundament der Strafe nennen, verstanden — „bindende Rechtsvorschriften bestehen, sie mögen oft den Inhalt von klagbaren Verbindlichkeiten und also irgend welcher actio ausmachen. Das ist aber für die Anwendung der Strafverträge völlig gleichgültig, und sicher besteht für das Verkehrsleben der Werth der Conventionalstrafe zum Theil mit in ihrer Verwendung, um Gebote und Verbote zu erzeugen und unter Rechtsschutz zu stellen, welchen die Rechtsordnung ihrerseits keine Aufmerksamkeit zuwendet.“ Diese Formulirung enthält u. E. gegenüber den bisherigen entschieden einen Fortschritt. Insbesondere ist der Verwendung der Normentheorie zuzustimmen. Erst hierdurch wird es einigermassen verständlich, wie man bei einem nicht klagbaren Fundamente von einer geschuldeten Leistung sprechen kann, insofern ja mit dem Strafgesetz im Binding'schen Sinne die Norm geschaffen wird, wenn sie früher nicht bestand. Jedoch muss zu dieser Erklärung ein modificirendes Moment hinzugefügt werden. Wenn der Strafvertrag „in den wesentlichen Beziehungen mit

---

[1]) Es scheint nicht geboten, auf eine Kritik der verschiedenen, auch im Einzelnen von einander nur wenig abweichenden Variationen der zwei oben skizzirten Gedankenreihen einzugehen. Diese finden sich neben einander, bezw. in einander verflochten bei *Glück* IV S. 533, *Savigny*, Obligationenrecht II S. 273 ff., *Puchta*, Vorlesungen II S. 24 ff., *Liebe*, Stipulation S. 309 ff., *Thöl*, Staatspapiere S. 212, *Gerber*, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast S. 81 ff., *Maxen*, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 221 ff., *Salpius*, Novation und Delegation S. 239, *Salkowski*, Novation S. 194 ff., *Sintenis*, Civilrecht II S. 109 ff., *Kuntze*, Cursus II S. 456 ff., *Vangerow*, Pand. III S. 338 ff. u. A. m. Eine einseitige Bevorzugung der Kategorie des bedingten Vertrages kennzeichnete bekanntlich die Darstellung von *Wolff*, Mora S. 36 ff.

dem Strafgesetz verglichen und zusammengestellt werden (darf)“ (Wendt a. a. O. S. 406) und daher die entsprechende Norm schaffen kann, so darf, wenn es sich um eine Conventionalstrafe handelt, doch nicht unerklärt bleiben, woher sich diese dem Anschein nach exorbitante Macht der Einzelnen herleiten möchte. Wenn hier von Wendt auf die Willkür, bezw. auf den freien Willen hingewiesen wird, so ist daran zu erinnern, dass der Conventionalstrafe ein Zweck innewohnt, durch dessen Verfolgung dem von der Rechtsordnung ausgehenden Rechtsschutz eine Concurrenz zu erwachsen scheint, deren Loyalität bezw. Zulässigkeit erst geprüft werden muss. Die Gefahr, welche mit einer derartigen Concurrenz verbunden ist, tritt bei Wendt's Formulirung deutlich zu Tage: wenn die Rechtsordnung einem Gebote keine Aufmerksamkeit geschenkt hat, d. h. wenn die Rechtsordnung dessen Uebertretung weder mit Strafe bedroht, noch dasselbe sonst in erkennbarer Weise als ein *Rechtsgebot* hingestellt hat, so ist zunächst anzunehmen, dass die Rechtsordnung eine Uebertretung nach dieser Seite hin nicht habe strafen wollen, bezw. überhaupt einem derartigen Gebote ihre Anerkennung schlechthin habe verweigern wollen. Wollen die Parteien anders und suchen sie auf einem Umweg ihren Willen zu realisiren, so ist in zweifelhaften Fällen anzunehmen, dass ein solcher Versuch von Rechts wegen schlechthin abgewiesen wird. Es muss hier eine Vermittelung zwischen der Willkür des Einzelnen und dem Willen des objectiven Rechts gesucht werden. Die Einheitlichkeit des Fundaments der Conventionalstrafe kann nicht in der Weise gerettet werden, dass man das Bestehen von bindenden Rechtsvorschriften im Sinne Wendt's für schlechthin gleichgültig erklärt, um alles auf die die Norm schaffende Strafsatzung zu stellen. In der That wäre dies ein Rückfall in die Bedingungstheorie: die Untersuchung des Fundaments wäre hier ebenso überflüssig wie dort. Als eine endgültige Lösung der mit den üblichen Darstellungen verknüpften Schwierigkeiten können die Ausführungen von Wendt daher nicht anerkannt werden, obwohl u. E. durch Anwendung des Binding'schen Normbegriffes der Weg zu der richtigeren Auffassung angebahnt worden ist.

§ 3.

Das Fundament der Conventionalstrafe und die Privatdisposition im engeren Sinne.

Der Schlüssel zum richtigen Verständniss der römischen Conventionalstrafe liegt u. E. darin, dass man nicht mit der bisherigen Theorie dabei stehen bleibt, den Strafvertrag als ein Bestärkungs- oder Sicherungsmittel zu bezeichnen, sondern auch das begriffliche Correlat dazu, nämlich die *Sicherungsbedürftigkeit* des Fundaments der Strafe, beachtet.[1]) Man sollte davon ausgehen, dass das Sicherungsmittel, um als ein Gebilde des nützlichen Verkehrs gelten zu können, sich an ein Fundament, das an sich einer Sicherung *bedarf*, anschliessen muss. Dies ist ein sehr einfacher Gedanke, der jedoch durchaus unentbehrlich ist, wenn der functionelle Begriff des Strafvertrages angegeben werden soll. Man darf nicht dabei stehen bleiben, dass die Parteien sich dieses Mittels nach ihrem Belieben bedienen können, um ein Rechtsgeschäft, welches nach ihrer Ansicht einer besonderen Bestärkung oder Sicherung bedürftig ist, annehmbar zu machen, sondern muss vor allem die Untersuchung auf die Frage richten, ob es nicht vom Standpunkt der Rechtsordnung aus sich als ein Bedürfniss herausstellt, dieses Mittel unter bestimmten Voraussetzungen in die Hände der Parteien zu legen. Erst die Untersuchung der besonderen Fälle, gelegentlich welcher die Conventionalstrafe *regelmässig* als Sicherungsmittel auftritt, giebt den vollständigen Thatbestand jener Rechtsfolge als einen typischen an. Nur formal und äusserlich ist dieser Thatbestand immer und überall derselbe: die stipulatio commissa, denn die stipulatio ist im letzten Grunde genommen nur der Rechtspraktikabilität wegen da. Was bei den pönalen Streitsponsionen, die vom

[1]) Worin die Sicherungsbedürftigkeit, bezw. die Schwäche des Rechtsgebildes besteht, kann nur bei den Einzelfällen angegeben werden. Vorläufig mag hier daran erinnert werden, dass schon *Brinz* das Dasein von Rechtsgebilden mit schwachen (unsicheren, zweifelhaften) Wirkungen eindringend hervorgehoben hatte, indem er darauf aufmerksam machte, „dass die Forderungen ihrer *Art* nach bald mehr bald weniger Vermögen sind", bezw. ihrer Art nach mehr oder weniger exigibel sind (*Brinz*, Pand. Erste Ausg. S. 373 ff.).

Prätor oder vom Judex auferlegt werden, auf der Hand liegt, gilt auch, wenngleich in geringerem Grade, bei den rein conventionellen Pönalstipulationen. Der reale Grund der Strafe liegt hier wie sonst in dem *Unrecht*, das dem Berechtigten oder Quasiberechtigten zugefügt worden ist. Dies Unrecht kann wiederum verschieden sein — es giebt verschiedene Thatbestände — allein die Verschiedenheiten schliessen gemeinsame Merkmale nicht aus, deren Inbegriff den Thatbestand für die Conventionalstrafe als ein Gebilde des wirklichen Verkehrs ausmacht. Eine Voraussetzung für den Nachweis eines typischen Thatbestandes ist natürlich, dass die Anwendung der Conventionalstrafe eine typische gewesen ist.

Zwar lässt sich eine solche Anwendung innerhalb des reinen römischen Rechts nur bis zu einem gewissen Punkte verfolgen, denn die Quellen sind theilweise über diesen Standpunkt zu einem nachlässigeren hinausgegangen. Auch in der hier in Rede stehenden Hinsicht liefern die Quellen ein getrübtes Bild. Die Conventionalstrafe gehört den Rechtsgebilden an, deren wahres Wesen sich in ihrer Entstehung und deren typische Function sich in den ersten Anwendungsfällen am reinsten offenbart, während mit der Rechtsentwickelung im Ganzen sowohl ihre charakteristische Natur, als ihre reale und practische Bedeutung allmählich abgeschwächt wird. Schon das römische Recht hat vielfach die Anwendung der Conventionalstrafe in Folge der steigenden Rechtsentwickelung eingeschränkt, bezw. der Willkür der Parteien überlassen. Der Abschwächung der typischen Function geht eben die gesteigerte Willkürlichkeit in der Anwendung des Sicherungsmittels parallel. Die Spuren der strengeren und mehr sachgemässen Anwendung der Conventionalstrafe sind aber deutlich zu erkennen, und es soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, dieselben nachzuweisen. Es soll der Nachweis geliefert werden, dass die thatsächliche Anwendung der Conventionalstrafe von Anfang an und theilweise noch spät nicht so frei gewesen ist, wie es nach den heutigen Darstellungen der Lehre angenommen werden könnte. Es ist zu erhärten, dass dieses Sicherungsmittel vorzugsweise im Dienste der objectiven Zwecke der Rechtsordnung — d. h. bei Rechtsgeschäften bestimmter Art, deren gemeinsames Merk-

mal die *Sicherungsbedürftigkeit* ist — zum Vorschein kommt. Gegenüber einem solchen Nachweis fällt die blosse Möglichkeit, dass es auch andere Anwendungsfälle gegeben habe, wenig ins Gewicht, besonders wenn dieselben von den Neueren willkürlich ausgedacht werden müssten.

Die Verstärkungsbedürftigkeit gewisser Verkehrsgebilde weist auf einen Mangel in der Legaldisposition hin. Können diese Verkehrsgebilde durch die Conventionalstrafe verstärkt werden, so bedeutet dies, dass ein Mangel in der Legaldisposition durch Parteidisposition abgeschwächt, bezw. gehoben wird. Zwischen dieser Parteidisposition und den materiellen Rechtsgeschäften besteht nun ein tiefgreifender Unterschied, den wir dahin formuliren können, dass der Wille der Parteien hier nicht auf die Schöpfung des typischen Thatbestandes eines subjectiven Rechts, sondern auf die Sicherung gewisser Rechtsfolgen gerichtet ist, eine Aufgabe, die sonst der Legaldisposition zukommt. Die Conventionalstrafe ist, wenn sie mit den materiellen Rechtsgeschäften verglichen wird, Parteidisposition in einem *engeren* Sinne, was wohl auch als Autonomie bezeichnet werden könnte. Es soll hiermit nicht behauptet werden, dass die Conventionalstrafe das einzige Mittel sei, das dem Zweck der Parteidisposition im engeren Sinne dient. Im Gegentheil, sie ist nur ein Ausweg unter mehreren. Es ist uns aber daran gelegen, den engeren Begriff der Parteidisposition zunächst an einem einfachen Beispiel zu illustriren, und wir sehen daher von einer Angabe ähnlicher Mittel und Auswege ab. Nur beiläufig mag darauf aufmerksam gemacht werden, dass vielfach auch die *Fundamente* der Conventionalstrafe Parteidispositionen in engerem Sinne sind, indem in ihnen Rechtsgebilde, welche, von den Einzelnen ins Leben gerufen, noch um die Anerkennung seitens der Rechtsordnung zu ringen haben, zum Vorschein kommen. Bei der Besprechung der besonderen Anwendungsfälle der Conventionalstrafe wird dieser Punkt im Folgenden vielfach gestreift, jedoch soll er nicht besonders hervorgehoben werden. Die Privatdisposition erscheint in diesen Fällen als Complement zu der *materiellen* Regelung, die von der Legaldisposition ausgeht. Wenn hier vorzugsweise die Conventionalstrafe als eine Privatdisposition in engerem Sinne bezeichnet

wird, so geschieht dies daher, weil diese Privatdisposition denselben Zweck wie die Legaldisposition verfolgt. Wir unterscheiden also *erstens* die Privatdisposition im gewöhnlichen Sinne, welche durch die Legaldisposition gedeckt ist und für uns nicht besonders in Betracht kommt; *zweitens* die Privatdisposition im engeren und materiellen Sinn, die sich auf das Fundament der Conventionalstrafe bezieht und einen Versuch seitens der Parteien materielles Recht zu schaffen enthält: diese Parteidisposition wird im Folgenden gelegentlich besprochen; *drittens* die Privatdisposition im engeren und formalen Sinne, die in Bezug auf die Conventionalstrafe stattfindet und sich als ein Mittel, durch welches die Parteien die formalen Mängel der Legaldisposition zu heben oder unschädlich zu machen versuchen, charakterisirt: sie kann dazu dienen, die Privatdisposition im engeren und materiellen Sinn zu stützen, oder aber dazu bestimmt sein, eine Judicialdisposition zu sichern. Die Conventionalstrafe schafft Recht im ganz formalen Sinne — d. h. Sicherung — wie die Rechtsordnung.

Es liegt auf der Hand, dass, wenn die römischen Juristen einer Partei ganz allgemein anrathen, sich der Conventionalstrafe zu bedienen, um ein Rechtsgeschäft von bestimmtem Charakter zu sichern[1]), dies nicht ganz in dem Sinne geschieht, in welchem dem Gläubiger ein rein geschäftlicher Rath, sich ein Pfand oder die Bürgschaft leistungsfähiger Personen als „Sicherungsmittel" zu bestellen, ertheilt wird. Es ist die Schwäche der *rechtlichen*, bezw. der legalen und der von dieser gedeckten rechtsgeschäftlichen Disposition an sich, welche in jenen Fällen das Bedürfniss nach der Conventionalstrafe hervorruft. Es könnte naheliegend scheinen, dabei stehen zu bleiben, dass die Sicherung in dem einen Falle als eine ökonomische, in dem anderen Falle als eine rechtliche zu charakterisiren sei; allein einmal sind diese beiden Dinge nicht absolut zu trennen, und sodann liegt hier der Unterschied in der That nach einer anderen Seite hin: dort ist das Produkt des Rechtsgeschäfts ein subjectives Recht, dessen typischer Inhalt eventuell auf dem Wege

---

[1]) Vgl. z. B. § 7 J. de V. O. 3. 15, l. 15 D. de transact. 2. 15, l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1.

des Civilzwanges realisirt werden kann, hier geht die Wirkung des Sicherungsvertrages zunächst in dem ungreifbaren (nicht typischen) Gefühle der Sicherheit auf, um dann eventuell in einen Strafanspruch umzuschlagen. Wer sich als Gläubiger ein Pfand oder einen Bürgen bestellt hat, kann subjectives Recht realisiren, wer eine Conventionalstrafe einklagt, realisirt ungreifbare Interessen, d. h. Interessen, welche in der Sicherheit eines Rechtsgutes bestehen. Diese Sicherheit ist nun eben die allgemeinste Wirkung der Rechtsordnung überhaupt, und es stellt sich die Gleichartigkeit zwischen der Wirkung der Conventionalstrafe und der Wirkung der Rechtsordnung als solcher heraus, insbesondere insofern die Rechtsregeln als Normen erscheinen, deren Uebertretung bei Strafe verboten ist.

Dem Begriffe einer Privatdisposition im engeren Sinne sind die Erscheinungen, welche Jhering unter dem Namen „Schleichwege des Lebens“ [1]) zusammengefasst hat, verwandt. Abweichend von Jhering's Terminologie möchten wir aber das Wort „Schleichweg“ als vox media dahin gestellt sein lassen, bezw. sogar in bonam partem interpretiren, um zu unserem Begriffe einer Privatdisposition zu gelangen. Der Grund dieser Abweichung liegt darin, dass der Unterschied zwischen erlaubten und unerlaubten Zwecken innerhalb des positiven Rechts nicht mehr streng durchgeführt werden kann, wenn die geraden Wege des objectiven Rechts, d. h. die von der Legaldisposition voll anerkannten Rechtsgeschäfte verlassen werden. Vielfach bewegen sich die Parteien auf der Grenze zwischen dem Erlaubten und dem Unerlaubten. Was sich von idealem, bezw. am strengsten dogmatischem Gesichtspunkte aus als ein Axiom darstellt, dass nämlich das Recht und das Unrecht überall unmittelbar an einander grenzen müssen, trifft hinsichtlich des geschichtlichen, bezw. wirklichen Rechtslebens nicht zu. Auf die hierdurch gegebene zweischneidige Natur der Privatdisposition im engeren Sinne weist das vielfache Entgegentreten des objectiven Rechts gegenüber einzelnen Anwendungsfällen der Conventionalstrafe hin: die Privatdisposition kann je nach den Umständen in loyaler Weise,

[1]) *Jhering*, Geist III S. 255.

aber auch in illoyaler Weise von den Parteien angewendet werden. Beispiele illoyaler Anwendung bieten l. 19, l. 61, l. 134 pr. D. de V. O. 45.1, l. 71 § 1 D. de condic. et demonstrat. 35. 1, l. 2 C. de inut. stip. 8. 38, l. 44 D. de usuris 22.1 Bekanntlich kann entweder die Pönalstipulation selbst einen Verstoss wider den objectiven Rechtswillen enthalten, z. B. wenn sie in fraudem constitutionum zur Umgehung des Zinsmaximums geschlossen wird, oder jener Verstoss kann in der Hinzufügung einer Strafdrohung bei bestimmten Gattungen von Verträgen enthalten sein. Es ist nicht zufällig, dass gerade hier die allgemeine Bedingung für die Gültigkeit der Verträge, dass sie nicht wider die guten Sitten verstossen dürfen, von den römischen Juristen, sowie von den Neueren[1]) besonders hervorgehoben wird. Die heutige, auf das Systematische angelegte Doctrin hat sich aber über den Grund der besonderen Hervorhebung jener Bedingung bei der Lehre von der Conventionalstrafe keine Rechenschaft gegeben.

Kap. II.

Die typischen Fundamente der römischen Conventionalstrafe.

§ 1.

Der Compromiss.

Die hauptsächlichen Anwendungsfälle der Conventionalstrafe, die nach den Quellen einen typischen Charakter zu haben scheinen, sind nun von den oben bezeichneten Gesichtspunkten aus in aller Kürze zu erörtern. Es bestehen hier fast überall schwierige Streitfragen, die zwar u. E. durch Hervorhebung der Function jener Strafe einigermassen in einem neuen Licht erscheinen, immerhin aber im grossen Ganzen von der Rolle, welche die Conventionalstrafe gespielt hat, mehr oder weniger unabhängig sind. Die betreffenden Rechtsgebilde, welche die Fundamente der Conventionalstrafe bilden und

[1]) Statt Aller *Vangerow*, Pand. III S. 339.

deren juristischer Charakter vielfach seit Alters her bestritten ist, hätten sich wahrscheinlich unabhängig von der Conventionalstrafe in ähnlicher Weise wie jetzt entwickeln können, thatsächlich aber ist die Conventionalstrafe die „Krücke“ gewesen. Der Beitrag, welcher zum Verständniss jener Streitfragen hier indirecter Weise gegeben werden soll, muss sich daher von vornherein ein sehr bescheidener nennen. Auch gehen wir auf die hierhergehörigen Erscheinungen nicht weiter ein, als es zur Erläuterung der oben aufgestellten Behauptungen unbedingt nöthig erscheint.

Erstens mag auf das überaus häufige Vorkommen der Conventionalstrafe bei *Compromissen* hingewiesen werden (Tit. Dig. 4. 8; Cod. 2. 55.). Schon die Häufigkeit der Anwendung berechtigt zu der Annahme, dass die Conventionalstrafe hier eine typische Function ausübt. Die Annahme wird zur Gewissheit, wenn man das Fundament auf seine innerliche Stärke prüft. Der Compromissvertrag enthält an sich eine Disposition nicht nur hinsichtlich der subjectiven Privatrechte, sondern auch und zwar in erster Linie hinsichtlich ihrer processualischen Geltendmachung, eine Disposition, die dahin geht, dass der ordentliche Processweg ausgeschlossen und concretes Recht in anderer Weise geschaffen werden soll. Dies ist aber ein Gegenstand, über welchen vom Standpunkte des objectiven Rechts das Contrahiren immer nur mit zweifelhaften rechtlichen Wirkungen geschehen kann. Wenn auch das objective Recht solchen Verträgen „Gültigkeit“ verspricht, so liegt es doch in der Natur der Sache, dass mit dem Aufkommen einer staatlichen Gerichts- und Vollstreckungsorganisation, dieser selbst eine Tendenz zur Exclusivität innewohnen muss, die sich dem Compromissverfahren feindlich gegenübergestellt. Eine solche Tendenz theilt jene Organisation allerdings mit den Dispositionen des objectiven Rechts überhaupt, insofern sich diese verwandten Erscheinungen, wie den Verkehrsgebilden der Sitte, der Billigkeit u. s. w. gegenüber ablehnend verhält und innerhalb gewisser Grenzen ablehnend verhalten muss. Diese Grenzen sind aber für die verschiedenen Rechtstheile verschieden gezogen: es giebt z. B. — was für uns in Betracht kommt — entschieden mehr dispositives Privatrecht als dispo-

sitives Processrecht. Im Zweifel sind die Vorschriften über den Process ius cogens. Vor allem erscheint der Process als *Ganzes* der Privatdisposition entzogen: wer über Rechte geurtheilt haben will, muss dies in dem ordentlichen Processverfahren thun. Die Zulässigkeit von Ausnahmen, wie der Compromiss eine bietet, stellt sich bei der Stärke der Legaldisposition vielfach als eine Concurrenz mit dieser selbst heraus.

Deutlich tritt in dem hier in Rede stehenden Fall die Concurrenz mit der Legaldisposition hervor, wenn der l. 27 § 2 D. de recept. 4. 8: Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, der Sinn beigelegt wird, dass der arbiter an das objective materielle Recht nicht gebunden ist. Dies ist zwar u. E. nicht unbedingt zu behaupten, denn eine Schranke ist in den unmittelbar folgenden Worten angedeutet: et sibi imputet qui compromisit. Nam et divi Pii rescripto adicitur: ‚vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet'. Kann auch hiernach nicht behauptet werden, dass es in erster Linie eine Auslegungsfrage sei, ob die Parteien durch den Abschluss des Compromissvertrages auf die Anwendung des objectiven Rechts verzichtet haben, so wird doch angedeutet, dass die sententia arbitri nicht *ganz* von der Willkür ausgehen darf. Die sententia kann weniger wahrscheinlich sein, allein sie muss doch einen gewissen Schein für sich haben, dessen Dasein selbstredend nach dem objectiven Recht beurtheilt werden muss. Dieser Punkt kann Relevanz bekommen, wenn gegen die poenae petitio wegen Nichterfüllung der sententia die exceptio doli erhoben wird. Immerhin bleibt ein weiterer Spielraum für das Ermessen des arbiter, als für das Ermessen des Richters: weil das Rechtsgeschäft, das jenem die Macht giebt, zwischen einer Disposition über subjective Rechte und einer Disposition über die processualische Geltendmachung von solchen Rechten so zu sagen die Mitte hält, so kann die Entscheidung thatsächlich mehr oder weniger auf die eine oder die andere von diesen Voraussetzungen gegründet werden.

Wegen dieser Concurrenz mit dem ordentlichen Processweg muss das Compromissverfahren von dem objectiven Recht geregelt werden und zwar in dem Sinne, dass es dem ordent-

lichen Processweg immer näher gerückt wird. Wird es so mit der staatlichen Gerichtsorganisation vermischt, so vermag es auf die Dauer nicht den ihm eigenthümlichen Zweck zu erfüllen und tritt kraft Verkehrssitte in einer von dem objectiven Recht zunächst nicht geregelten Form neben, bezw. im Gegensatz zu dem ordentlichen Rechtsweg und dem schon bestehenden Compromissverfahren aufs Neue hervor. Sodann wiederholt sich derselbe Verlauf[1]). Diese Dialektik der Entwickelung ist ein Symptom dafür, dass das Recht auf Gericht in der That nur bis zu einem gewissen Grade der Parteidisposition unterworfen ist. Es hat diese Thatsache die Schwäche der juristischen Wirkung des Compromissvertrages zur Folge. Zunächst tritt diese Schwäche deutlich hervor, wenn man in Erwägung zieht, dass die Rechtskraft der sententia auf dem Compromiss beruht. Die Schwäche dieser Rechtskraft — l. 1 C. de recept. 2. 55 — ist als ein Mangel in der juristischen Wirkung des Compromissvertrages zu bezeichnen. Die Codexstelle, die die Klage auf Vollstreckung der sententia ausschliesst, referirt daher auch an die poena als Heilmittel. Sodann soll der Compromissvertrag seinem Inhalt nach auch Leistungen persönlichen Charakters bewirken — siehe z. B. l. 2 C. de recept. 2. 55 — und bei der Schwäche, die jeder auf persönliches Handeln gerichteten Obligation innewohnt, tritt naturgemäss wiederum die Strafsanktion hervor, um die Erfüllung einigermassen zu sichern[2]).

---

[1]) Vgl. *Matthiass*, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts S. 130 ff.

[2]) Dass in diesem Falle die Schwäche des Rechtsgebildes in der Schwierigkeit der Schätzung des Interesses zum Vorschein kommt, bedarf keiner Hervorhebung. Allein diese Schwierigkeit ist nur eine *Folge* der rechtlichen Schwäche des Compromissvertrages. Auch gelangt man von diesem Gesichtspunkte aus nur zu der „Substitution bestimmter Werte“ (*Bekker*, Aktionen II S. 45 Anm. 17), nicht zu einer Begründung des Strafgedinges. Es heisst die Folge für den Grund nehmen — und zwar die Folge nur nach einer besonderen Richtung hin — wenn man zur Erklärung der Anwendung einer Conventionalstrafe die Schwierigkeit, das Interesse zu beweisen, bezw. zu schätzen, hervorhebt. Diese Schwierigkeit hat in der Natur der rechtlich relevanten Thatsachen ihren Grund; die Untersuchung ist daher in erster Linie auf diese zu richten.

Das römische Recht gab aus dem Compromissvertrage eine Klage nur auf das Interesse, und zwar ursprünglich nur, wenn dies besonders stipulirt worden war. Die Quellen erwähnen allerdings eine stipulatio sententia stari (l. 27 § 7 D. de recept. 4. 8), die zur Noth als das Fundament einer Klage auf das Interesse dienen kann. Vom Standpunkt der Parteien aus wird aber diese Stipulation in der Regel nicht genügend erschienen sein, um so weniger, als sie zur Zwangsanwendung gegen den arbiter rechtlich nicht genügt. Die Quellen bezeichnen daher die stipulatio auf quanti ea res est (l. 28 D. h. t.), vorzugsweise aber eine Pönalstipulation als die regelmässige Form für die Sicherung der Parteiintentionen. Die Beobachtung dieser Form ist bekanntlich auch das gewöhnliche Mittel, um den Eintritt von Zwangsmassregeln wider den renitenten arbiter zu sichern (l. 11 §§ 1, 2, l. 32 § 12. D. h. t.).[1]) Uns interessirt die Frage nach dem Charakter des

[1]) Der Zwang besteht bekanntlich in der Auferlegung einer prätorischen Mult, l. 32 § 12 D. h. t. Dass im vorprätorischen Rechte der arbiter durch eine Conventionalstrafe zum Abgeben einer sententia gezwungen werden konnte, behauptet neuerdings *Matthiass*, a. a. O. S. 23 Anm. 1. Dies ist ja möglich; aber es ist ebenso gut möglich, dass die Römer ihren Grundsatz: haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita (l. 3 D. h. t.) einst in aller Strenge aufrecht erhalten haben. Wenn die directe Stipulation keine Klage erzeugte, so ist es sehr wohl denkbar, dass auch der Umweg, d. h. die Pönalstipulation, als den boni mores zuwiderlaufend unzulässig erschien. Die Worte Ulpians in der genannten Stelle richten sich u. E. nicht so sehr gegen die Auffassung, dass der Prätor einen jeden Beliebigen hätte zwingen können, sondern enthalten vor allem einen unbefangenen Ausdruck für den grossen Werth, der von Alters her auf die „Freiheit" in diesen Dingen gelegt wurde. Ein Seitenstück bietet l. 2 C. de inut. stip. 8. 38. Die Anwendbarkeit der Conventionalstrafe kann daher bezweifelt werden. Gegen die Annahme von *Matthiass* spricht der Umstand, dass das prätorische Recht nicht etwa eine actio gegeben, sondern als Zwangsmittel die prätorische Mult, die natürlich nur causa cognita auferlegt wird, eingeführt hat. Wäre die Sicherung durch Conventionalstrafe schon früher möglich gewesen, so hätte die Neuerung vielfach, wenn sie die Anwendung dieses Sicherungsmittels aufgehoben hat, als Minderung an dem bisherigen Rechtsschutz des receptum, bezw. wenn der Prätor die Anwendung der Conventionalstrafe immer noch zuliess, als überflüssig erscheinen müssen. Wir legen Gewicht auf dieses Bedenken, weil es nicht

Fundaments der Strafe. Inwieweit ist das Fundament — die Vereinbarung der Parteien, kraft welcher der streitige Anspruch vor ein Schiedsgericht gebracht, bezw. von ihm in einer für die Parteien bindenden Weise entschieden werden soll — zu einem von dem objectiven Recht anerkannten Verkehrsgebilde geworden? Insbesondere fassen wir die Frage näher dahin: wie ist das Verhältniss zwischen jener Vereinbarung und dem Sicherungsvertrage zu bestimmen? Matthiass stellt hier den Satz auf, dass die Entwickelung naturgemäss dahin geht, dass die Parteien die wirksameren Formen des Sicherstellungsvertrages den weniger wirksamen vorziehen. In Bezug auf diese Entwickelung gruppiren sich nach Matthiass die Formen folgender Weise in aufsteigender Reihe: erstens die directe Unterwerfung unter die sententia durch pactum oder stipulatio, zweitens eine derartige directe Unterwerfung mit Hinzufügung einer Pönalstipulation und drittens die selbstständige Pönalstipulation unter der Bedingung nisi sententia arbitri steterit. Daneben stehen mehrere Formen, die für uns von keinem Interesse sind. [1]) Wenn aus der Darstellung von Matthiass, wie wohl nicht anders möglich ist, gefolgert werden sollte, dass die Form der directen Unterwerfung unter die sententia die älteste sei, so dürfte gegen eine solche Auffassung Einwand zu erheben sein. Sowohl die Art und Weise, in welcher diese Form in der l. 27 § 7 D. h. t. erwähnt wird, als die Thatsache, dass das facere ziemlich spät als Stipulations-

richtig sein kann, überall wo es sich um einen Vertrag, der uns nicht anstössig erscheint, handelt, schon darum die Möglichkeit einer Bestärkung durch Conventionalstrafe anzunehmen. Die Klagen des römischen Rechts sind ja auf eine relativ abgeschlossene Anzahl von Geschäftstypen beschränkt. Auch die Möglichkeit, andere Geschäftsintentionen durch Conventionalstrafe indirect zu sichern, kann nicht schrankenlos sein, sondern muss wenigstens, wie allgemein anerkannt, durch die Rücksicht auf die boni mores in Schranken gehalten werden. Allein der römische Begriff der boni mores ist nicht nur seinem Inhalte nach von dem heutigen verschieden, sondern in der That nicht viel mehr als ein Blankett für alles, was, ohne besonders verboten zu sein, dennoch den Intentionen des Rechts widerstreitet. Es scheint uns, als ob die Möglichkeit, eine klaglose Verabredung durch Conventionalstrafe zu sichern, in jedem Falle besonders zu beweisen wäre.

[1]) *Matthiass*, a. a. O. S. 30 ff.

inhalt anerkannt wurde, weist auf den späteren Ursprung dieser Form hin. Es sind zweifellos Compromisse und zwar solche, deren Erfüllung nicht in das Belieben der Parteien gestellt war, früher geschlossen worden, als die Stipulation auf ein solches facere, wie es in dem Compromissvertrage unter der Form sententia stari enthalten ist, möglich wurde. Auch mag bezweifelt werden, dass von den beiden übrigen Formen die zweite die ältere, bezw. die weniger wirksame gewesen ist. Hinsichtlich der Zeitfolge weist auch hier die Analogie mit den sonstigen stipulationes faciendi darauf hin, dass die Reihenfolge eher die umgekehrte gewesen ist. In Bezug auf die Wirksamkeit der beiden Formen liegt die Sache freilich schwieriger. Nach Matthiass scheint es, als ob der Zwang gegen den arbiter nur dann zulässig wäre, wenn die selbstständige Pönalstipulation vorliegt, denn diese ist ja nach ihm die wirksamste Form des Sicherstellungsvertrages (a. a. O. S. 31), und von der Anwendung der wirksamsten Form dieses Vertrages ist wiederum die Zwangsmöglichkeit bedingt (a. a. O. S. 33). Dann läge allerdings der Vorzug der dritten Form auf der Hand. Allein daraus, dass im Falle der stipulatio sententia stari (l. 27 § 7 D. h. t.) kein Zwang dem arbiter gegenüber angewendet werden darf, kann ja nicht gefolgert werden, dass, wenn einer solchen Stipulation die Conventionalstrafe beigefügt wird, der Zwang nicht zulässig wäre. Eine pecunia compromissa liegt ja auch in diesem Falle vor, und mehr hat der Prätor nicht gefordert. Demgemäss ist u. E. anzunehmen, dass die zweite und die dritte Form des Sicherstellungsvertrages einander an Wirksamkeit gleich stehen. Auch bei der zweiten Form ist die Zwangsgewährung möglich. Die Frage, ob bezw. wann aus dem Compromissvertrage eine exceptio entstand, ist aus den Quellen nicht zu beantworten. Insbesondere besteht kein Unterschied, je nachdem die eine oder die andere Form des Sicherstellungsvertrages angewendet wird. Die exceptio ist der l. 2 D. h. t. ungeachtet bei der einfachen Pönalstipulation nicht unbedingt auszuschliessen, aber auch nicht bei der zusammengesetzten Form unbedingt zu bejahen[1]).

[1]) Wenn die l. 2 D. cit. in dem Sinne verstanden werden müsste, dass ex compromisso niemals eine exceptio entstehen kann, so wird das

Der Gegensatz zwischen der Ansicht von Matthiass und der hier vertretenen liegt darin, dass nach Matthiass die Entwickelung dahin geht, dass der Sicherstellungsvertrag dem Fundamente gegenüber eine immer grössere Selbständigkeit gewinnt, während u. E. das Fundament an Stärke wächst und die Bedeutung des Sicherstellungsvertrags mit der emporsteigenden Rechtsentwickelung abnimmt. Die letzte Ansicht stimmt mit dem allgemeinen Entwickelungsgang überein. Ueberall zeigt sich, dass unter dem Einfluss der Anwendung der Conventionalstrafe das principale Rechtsgebilde an innerlicher Stärke zunimmt, um schliesslich aufzuhören ein sicherungsbedürftiges Gebilde zu sein. Nur bei dem Verfall eines Rechtsgebildes wäre, wenn die Parteien durch Conventionalstrafe sich gegen den Verfall zu helfen versuchen, der entgegengesetzte Gang der Entwickelung der naturgemässe. Bei dem Compromissvertrage wäre freilich an sich eine durch die ganze römische Rechtsgeschichte hindurch gehende Abschwächung, bezw. ein Verfall denkbar, indem er der emporsteigenden Bedeutung des staatlichen Gerichtswesens, bezw. dessen Tendenz zur Exclusivität entspräche; allein die staatliche Regelung des Compromissverfahrens durch das prätorische Edict hat dem Institut eine feste Stellung gegeben, von welcher aus eine innerliche Fortbildung möglich war. In der Möglichkeit, die zusammengesetzte Form der Pönalstipulation unter Wahrung des Anspruches auf Zwang gegen den arbiter zu benutzen, erblicken wir einen Schritt nach der Seite der Verselbständigung des Compromissvertrages hin. Ein weiterer Schritt wäre die

---

Gegentheil von Ulpian in der l. 13 § 1 D. h. t. angedeutet, wenn es heisst, dass eine exceptio nicht genügt, um den Zwang gegen den arbiter herbeizuführen: neque enim sufficit, exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur. Vgl. noch l. 5 pr. C. de recept. 2. 55. Demgemäss wäre der Ausspruch in der l. 2 D. h. t. zu allgemein gefasst. Es gäbe Compromisse, die eine exceptio erzeugen, und solche, die nur eine Klage auf poena entstehen lassen. Allein das Princip für diesen Unterschied ist nicht ersichtlich. Es könnte in der Form des Sicherstellungsvertrages oder aber in den Bedingungen für die Zwangsgewährung begründet sein. Aber davon findet sich keine Spur. Es muss wohl dann dabei sein Bewenden haben, dass ein Widerspruch in den Quellen vorliegt.

Möglichkeit, dass eine exceptio gegeben worden ist. Schliesslich liegt in der Zulässigkeit einer stipulatio sententia stari ein letzter Schritt nach derselben Richtung hin. Eine solche stipulatio ist jedoch insofern weniger wirksam, als die Zwangsanwendung ausgeschlossen ist.

Zur Vollstreckbarkeit der sententia ist indessen das römische Compromissverfahren mit der bekannten von Justinian eingeführten Ausnahme[1]) nicht gekommen. In dieser Hinsicht ist der Compromissvertrag des römischen Rechts hinter den Parteiintentionen stehen geblieben. Auch die Sicherung der Mitwirkung der Parteien bei dem Zustandekommen des Schiedsgerichts wird der Regel nach nur durch die Conventionalstrafe gewonnen. Allein jedenfalls reducirt sich das nisi sententia steterit nicht auf eine „Bedingung". Das sententia stari und was darin enthalten ist, ist Geschäftsintention und wird als solche geschützt[2]).

§ 2.

Der Vergleich.

In analoger Weise ist die Anwendung der Conventionalstrafe bei Vergleichen, sowie bei der in Verbindung mit dem Vergleich oft vorkommenden stipulatio Aquiliana zu beurtheilen. Auch hier war die Hinzufügung einer Pönalstipulation das Gewöhnliche. Vgl. z. B.

l. 15 D. de transact. 2. 15: Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius

[1]) Ueber die Tragweite der Neuerung *Matthiass* a. a. O. S. 124 ff.

[2]) A. a. O. S. 33 geht *Matthiass* von der Ansicht aus, dass das Interesse der Contrahenten bei der Conventionalstrafe nicht an der Strafleistung, sondern an den in der Bedingung bezeichneten Verpflichtungen hängt, und zwar soll dies auch bei dem reinen Strafversprechen zutreffen. Es wird die Folgerung gezogen, dass die Strafleistung auch in diesem Falle vom Gesichtspunkte der Interesseleistung zu betrachten sei. Hierdurch wird das reine Strafversprechen im Sinne *Matthiass'* der zweiten Form erheblich näher gerückt; um so dringender aber wird eine Beantwortung der Frage, warum nicht den beiden Formen die gleiche Rechtswirkung zukommt. Uebrigens ist die Frage aufzuwerfen: wie können bei dem reinen Strafversprechen die in der Bedingung zusammengefassten Leistungen, wenn sie nicht versprochen sind (*Matthiass* a. a. O. S. 32), als Verpflichtungen bezeichnet werden?

est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest;

l. 16 D. h. t. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerat rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur. Vgl. ferner l. 122 § 6 de V. O. 45. 1, l. 37, 40, 41 C. de transact. 2. 4.

Die Pönalstipulation wird hier theils direct als nützlich empfohlen, theils indirect in der Weise erwähnt, dass der Schluss auf ihre allgemeine Anwendung durchaus angezeigt ist [1]).

Der Gesichtspunkt, von welchem aus der Vergleich als ein sicherungsbedürftiger Vertrag erscheint, ist wesentlich derselbe wie bei dem Compromissvertrage. Der Vergleich wird bekanntlich durch die ungewisse, bezw. streitige Natur des zwischen den Parteien schwebenden Rechtsverhältnisses charakterisirt [2]). Soll nun dies auf dem Wege der Privatdisposition (also mit Vermeidung des Rechtsweges) ausgetragen werden, so liegt wiederum bis zu einem gewissen Grade ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, dessen Wirkung eine principielle Schwäche innewohnt. Vom Standpunkt der Parteiabsichten erscheint der Vergleich als Rechtsgeschäft mit dem Processweg coordinirt; ein zustandegekommener Vergleich ist einem Urtheil ähnlich. Weil aber andererseits der Unterschied des Vergleiches und der res iudicata niemals völlig übersehen werden kann, so tritt die Pönalstipulation hervor, um die Erreichung der Parteiabsichten zu sichern. Es besteht hier ein Sicherungsbedürfniss ganz in demselben Sinne, wie bei den Compromissen, d. h. nicht nur in den Augen der

---

[1]) Die innere Beziehung der stipulatio Aquiliana zum Vergleiche hebt treffend hervor *Kuntze*, Cursus II S. 457. Der Gebrauch, diese stipulatio noch durch eine Conventionalstrafe zu stützen, beruht zunächst auf dieser Verbindung. Die Anwendung der Conventionalstrafe erklärt sich sodann durch die Stellung der stipulatio Aquiliana als Schlussklausel in einer weitläufigeren Abmachung, vgl. unten S. 50.

[2]) Abweichend neuerdings *Bülow*, Archiv f. civil. Praxis N. F. XXXIII S. 83 ff.

Parteien und aus subjectiven Gründen, sondern auch vom Standpunkte der Rechtsordnung aus, weil diese das Rechtsgeschäft an sich nicht völlig unzweifelhaft fixirt hat. Die Theorie behandelt den Vergleich als ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, d. h. sie erblickt in einem Vergleiche nur eine Disposition über Privatrechte, kann aber nicht übersehen, dass wenigstens der „Hauptfall" des Vergleiches, d. h. der Vergleich über streitige Rechtsverhältnisse in gewissen Beziehungen dem Urtheil ähnlich ist [1]). Wenn der Vergleich ein „Zweckgeschäft" ist [2]), der Zweck aber zunächst als der Zweck der Parteien verstanden werden muss, so stellt sich von selbst das „litium finis" (l. 10 C. de transact. 2. 4.) als das Ziel heraus, welches dem Vergleich mit dem Urtheil gemeinsam ist. Allein eine solche Aehnlichkeit besteht in der That, auch wenn kein Streit vorliegt. Es liegt auf der Hand, dass, insofern ein Vergleich noch in Frage steht — und nur für diese Zeit kann ja von Streit oder Ungewissheit gesprochen werden — streitige und ungewisse Rechtsverhältnisse in einander fliessen. Uebrigens setzt ja das Urtheil selbst nicht nothwendig einen Streit voraus. Diese Aehnlichkeit zwischen Urtheil und Vergleich führt nun zu einer Concurrenz zwischen beiden: vom Standpunkte der Parteien und theilweise vom Standpunkte der Rechtsordnung aus concurriren Vergleich und Urtheil, wobei selbstredend das objective Recht dem ersteren gegenüber sich zweifelnd stellen muss [3]). Das Recht

[1]) Neuerdings wird diese Aehnlichkeit schärfer hervorgehoben, *Regelsberger*, Pand. I S. 622 ff., S. 626; *Bülow*. a. a. O. S. 84 ff.

[2]) *Sturm*, Die Lehre vom Vergleiche S. 3. *Regelsberger*, Pand. I S. 621.

[3]) Vgl. wegen dieser Concurrenz z. B. l. 20 C. de transact. 2. 4: non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. Dass man aus derartigen Stellen ganz zu Unrecht die Urtheilsnatur des Vergleiches construirt habe (*Sturm*, a. a. O. S. 3), ist nicht zuzugeben. Die „Natur" eines Rechtsgeschäfts ist freilich nicht ganz auf dessen Zweck zu stellen, allein wenn der Zweck ein ausgeprägter und typischer ist, darf er nicht bei der Definition ganz und gar übersehen werden. Es spricht nun zu Gunsten des Vergleiches zwar sowohl die fides humana als die Zweckmässigkeit, l. 10 C. de transact. 2. 4: Nullus etenim erit litium finis, si a transactionibus bona fide inter-

muss sich zweifelnd stellen aus demselben Grund wie beim Compromiss, nämlich weil die Entscheidung über streitige Rechtsverhältnisse regelmässig nicht den Parteien, sondern dem Gericht gehört[1]). Wenn man aus dem Vergleich eine Verpflichtung, das Anerkannte nicht zu bestreiten, hervorgehen lässt, so liegt in der That eine von den rein privatrechtlichen Pflichten zu unterscheidende öffentlich-rechtliche Gebundenheit vor, deren Unterwerfung unter die Parteidisposition von zweifelhafter Wirkung erscheinen muss.

Der Vergleich ist ein Versuch seitens der Parteien einen Rechtsschutz zu schaffen, der auf anderen Grundlagen ruht, als die Rechtsordnung von sich heraus darbietet. Das objective Recht stellt Thatbestände auf, an deren Vorhandensein bestimmte privatrechtliche Folgen geknüpft sind: diese Thatbestände sind also von der Rechtsordnung, sowie unter Umständen von den Parteien „anerkannt". Nun aber tritt die Anerkennung als selbständiger Thatbestand auf: es wird ein Urtheil seitens der Parteien über die Thatbestände des objectiven Rechts gesprochen, das den Anspruch macht, von sich aus privatrechtliche Folgen zu begründen. Es kann zwar dies wiederum von der Rechtsordnung „anerkannt" werden, dem römischen Recht aber ist jener Anspruch zu schwach begründet erschienen, um eine Klage auf Vollstreckung zu erzeugen, was den Parteiintentionen entsprochen hätte, während er als Grundlage einer Conventionalstrafe, die die Realisirung jener Intentionen indirecter Weise und thatsächlich zu sichern geeignet erscheint, für genügend begründet angesehen worden ist.

Sodann wurde im römischen Recht die natürliche Unsicherheit der Wirkung des Vergleiches noch dadurch erhöht,

---

positis coeperit facile discedi; allein eben diejenige Rechtsfolge, welche dem Urtheil eigenthümlich ist — die Execution — wurde bekanntlich auf Grund des Vergleiches nicht gegeben.

[1]) Weder die Häufigkeit des Vergleiches noch der Umstand, dass es aus verschiedenen Gründen sehr wünschenswerth erscheinen kann, dass streitige Rechtsverhältnisse nicht gleich vor Gericht gezogen werden, kann die Werthschätzung des Rechts seinen eigensten Einrichtungen gegenüber beeinträchtigen: vom Standpunkte des Rechts ist der Process das prinzipale Mittel, um streitige Rechtsverhältnisse zu entscheiden.

dass die transactio als ein Rechtsgeschäft des Privatrechts keine rechte Stelle in dem Contractsysteme finden konnte. Als Consensualcontract war sie nicht anerkannt, nur wer seinerseits erfüllt hatte, konnte mit der actio praescriptis verbis vorgehen, vgl. l. 33 § 1 C. de transact. 2. 4. Abgesehen davon war der Vergleich ein pactum, das als Verzicht auf ein Recht eine exceptio, als Anerkennung einer geschuldeten Leistung aber keine Klage erzeugte [1]). Hier tritt die Pönalstipulation naturgemäss ein, um die Erreichung des Zweckes des *ganzen* Rechtsgeschäfts zu sichern [2]).

§ 3.

Die Stipulation.

Die jetzt besprochenen Rechtsgebilde sind noch im Justinianischen Recht auf dem Standpunkt der verstärkungsbedürftigen Verträge stehen geblieben. Es giebt aber innerhalb des römischen Rechts andere für die Conventionalstrafe typische Anwendungsfälle, in welchen diese zwar bei der ersten Entstehung eines Rechtsgebildes die ihr eigenthümliche functionelle Rolle gespielt hat, später aber als überflüssig weggefallen ist, um durch directen Klagenschutz ersetzt zu werden. Wenn dieser Standpunkt erreicht worden ist, so hat die Hinzufügung der Conventionalstrafe nicht mehr ihren typischen Zweck, sondern dient nur dazu, die etwaigen subjectiven Parteiabsichten zu sichern.

Als erster hierhergehöriger Fall ist die Mitwirkung dieses Sicherungsmittels bei der Entstehung der obligationes faciendi durch stipulatio zu betrachten. Es ist allgemein als wahrscheinlich anerkannt, dass der Leistungsinhalt der Stipu-

---

[1]) Vgl. *Regelsberger*, Pand. I. S. 625.

[2]) Bei dem pactum de non petendo liegen analoge Gründe zur Anwendung der Conventionalstrafe vor. Das Recht, eine Klage zu erheben, kann nur bis zu einem gewissen Grade ein Gegenstand der Parteidisposition sein. Durch ein pactum de non petendo wird auf einmal über materielles und processuelles „Recht" verfügt: daher erscheint die juristische Wirkung zweifelhaft. Auch ohne Zusammenhang mit dem Vergleiche ist bei dem pactum de non petendo die Conventionalstrafe bezeugt. Siehe l. 10 § 1 de pact. 2. 14, l. 12 § 2 D. de pact. dotal. 23. 4 u. s. w.

lation ursprünglich auf ein dare beschränkt war und erst später allmählich zum facere ausgedehnt worden ist [1]). Mit Recht nimmt Karlowa an, dass der erste Schritt nach dieser Richtung mit Hilfe der Conventionalstrafe gemacht worden ist. Unwahrscheinlich ist, dass man von Anfang an das facere wirklich in die Stipulation aufnahm, und dann eine besondere poenae stipulatio hinzufügte. Das facere wurde ursprünglich nicht in anderer Weise in die Stipulation aufgenommen, als in der Form des si ita factum non erit [2]). Der Zeitpunkt für die Aufnahme des facere in der Stipulation ist nicht genau zu bestimmen. Die l. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1 ist u. E. hierfür nicht entscheidend, denn die hier erwähnte Stipulation: poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, wird zwar auf eine Verpflichtung zum iter fieri oder amplius non agi bezogen, aber daraus kann nicht gefolgert werden, dass das facere schon zur Zeit des hier erwähnten Cato [3]) in die Stipulation aufgenommen worden war. Der Umstand, dass schon Cato das in der „Bedingung" enthaltene Sachverhältniss als möglichen Gegenstand einer Obligation aufgefasst hat, beweist nicht, dass diese Auffassung auch in der Form der Stipulation ihren entsprechenden Ausdruck gefunden habe. Noch von Labeo wird die Anwendung der Conventionalstrafe empfohlen.

> L. 137 § 7 D. de V. O. 45. 1: Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: ‚si ita factum non erit': at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: ‚si adversus ea factum erit': et cum alia fieri, alia non fieri coniuncte stipulemur, sic comprehendendum: ‚si non feceris, si quid adversus ea feceris'.

Allein sobald dies nur im Vergleiche mit der auf ein facere schlechthin lautenden Stipulation als usitatius und

---

[1]) Siehe *Karlowa*, Rechtsgeschichte II S. 706 ff. Unter der älteren Litteratur ist hervorzuheben *Keller*, Inst. S. 97 ff.

[2]) Vgl. *Karlowa*, a. a. O. S. 719.

[3]) Es ist *M. Porcius Cato Licinianus*, geb. etwa 562/192, gest. 602/152. Siehe *Krüger*, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts S. 55.

elegantius bezeichnet wird, liegt es auf der Hand, dass die Zulässigkeit von Stipulationen auf ein facere im Wesentlichen anerkannt worden ist. Schon der Zeitgenosse des Cicero, Q. Aelius Tubero, scheint diese Stipulationen als klagbar betrachtet zu haben.

> L. 72 pr. D. de V. O. 45. 1: Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.

Sodann berichtet Ulpian, dass Celsus diesen Standpunkt als den seinigen vertreten habe.

> L. 81 D. de V. O. 45. 1: Quotiens quis alium sisti promittit nec adicit poenam, puta vel servum suum vel hominem liberum, quaeritur, an committatur stipulatio. Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum ‚nisi steterit, poenam dari', in id, quanti interest sisti, contineri. Et verum est, quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet. Vgl. die Fortsetzung der cit. l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1.

Demgemäss kann auch die stipulatio auf ein facere schlechthin lauten, oder aber eine Pönalstipulation kann einer stipulatio auf das facere *hinzugefügt* werden. In demselben Augenblicke aber, wo die Möglichkeit eine stipulatio direct auf das facere zu stellen anerkannt wurde, wurde auch die practische Bedeutung der Conventionalstrafe wesentlich abgeschwächt: es war jetzt von dem Belieben der Parteien abhängig, ob sie die Stipulation durch dieses Mittel verstärken wollten oder nicht. Immerhin aber muss die frühere Gewohnheit noch eine lange Zeit bestanden haben, nachdem schon die Anerkennung der stipulationes faciendi ausser Zweifel stand. Was einst unmöglich, später mit mehr oder weniger Zweifel als möglich anerkannt war, erscheint, nachdem endlich das objective Recht zum Abschluss gekommen ist, dem Verkehr immer noch einer Verstärkung bedürftig, bis schliesslich die Legaldisposition den Sieg über die überflüssig gewordene Sitte davonträgt. Inwieweit aber dieser Sieg in dem hier in Rede stehenden Falle wirklich gewonnen worden, wissen wir nicht. Das objective Recht ist

zweifellos zum Abschluss gekommen, allein noch im § 7 I. de V. O. 3. 15 wird den Parteien die Anwendung der Conventionalstrafe angerathen, allerdings nicht mehr unter Berufung auf die elegantia iuris, sondern im Geiste der Zeit unter Hinweis auf die dadurch entstehenden Vortheile: ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit[1]). —

Wenn in dem klassischen Recht die stipulatio auf ein facere zweifellos zulässig war und sich demgemäss diese Contractsform auf ein weites Gebiet des Obligationenrechts verbreitete, so ist diese Verbreitung allerdings wiederum von einer Abschwächung der charakteristischen Merkmale der Stipulation begleitet. Vielleicht ist hier sogar ein Verhältniss von Ursache und Wirkung anzunehmen, was jedoch dahingestellt bleiben muss. Die allmählich fortschreitende Minderung der Bedeutung der stipulatio, als eines kraft der Form bindenden Vertrages, und das Hervortreten der in jener Form erscheinenden Geschäftsintentionen, als der für die Rechtsfolgen entscheidenden Momente, haben die stipulatio selbst zum blossen *Sicherungsmittel* herabgesetzt. Bekanntlich betrachten schon die klassischen Juristen die stipulatio von diesem Gesichtspunkt aus, freilich mehr in allgemeineren Aeusserungen als in den practischen Consequenzen. Vgl. z. B. Paulus, Sent. V. 7 § 1, Ulpianus in der l. 1 § 4 D. de stip. praet. 46. 5. Einen Schritt weiter gehend, gelangt man dahin, dass man dieses Sicherungsmittel, das ja als solches nur symbolische Bedeutung haben kann, ungenügend findet. Und wiederum erscheint es ungenügend weniger in den Augen der Juristen, als in denen der Parteien und des wirklichen Verkehrslebens. So kommt es, dass mit dem symbolischen (idealistischen) Bestärkungsmittel sich ein realistisches — die Conventionalstrafe — vereinigt. Nicht nur innerhalb der aufsteigenden Entwickelung der Stipulation hat die Conventionalstrafe eine Rolle gespielt, sondern auch bei der sinkenden Bedeutung jenes Formalcontractes oder bei dem s. g. Verfalle der Stipulation finden sich Spuren davon, dass da, wo die stipulatio

---

[1]) So übrigens schon *Venuleius* in l. 11 D. de stip. praet. 46. 5. Vgl. *Bekker*, Aktionen II S. 45.

für sich nicht mehr als genügendes Sicherungsmittel angesehen wurde, die Conventionalstrafe in ihrer typischen Function wiedereintritt. Innerhalb des römischen Rechts, wie es in der Justinianischen Compilation abgeschlossen vorliegt, ist zwar dieser Gedanke nicht näher zu verfolgen. Nur darf beiläufig darauf hingewiesen werden, dass, wenn dem in Tit. Dig. 45. 1 und sonst zahlreich vorkommenden Stipulationsschema ‚dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes?' Gebilde des wirklichen Verkehrs zu Grunde liegen, dies nicht anders erklärt werden kann, als durch die Annahme eines schon eingetretenen Verfalles der Stipulation, kraft dessen die einfache stipulatio, auch wenn sie auf ein dare geht, den Parteien keine genügende Sicherheit mehr zu gewähren scheint[1]).

Dagegen finden sich in der Bearbeitung der Justinianischen Rechtsquellen im Orient, d. h. in den Basiliken und in den Scholien zu diesen, hinsichtlich des Vorkommens und der Bedeutung der Conventionalstrafe einige charakteristische Stellen, die kaum aus blossen Versehen oder aus Missverständniss des römischen Rechts zu erklären sind, sondern in erster Linie den wirklichen Rechtszustand so, wie er durch den Verfall der Stipulation geworden ist, wiederspiegeln. Es kommt hier eine Entwickelung, bezw. eine Entartung des Contractsystemes zum Vorschein, deren Consequenz in der Zunahme der Anwendung der Conventionalstrafe, bezw. in der gesteigerten Bedeutung dieses Sicherungsmittels vorliegt. Die hierhergehörigen Stellen betreffen zunächst die Anwendung der Conventionalstrafe beim Vergleich; ein Fall, den wir oben als einen typischen hervorgehoben haben. So wird z. B. die l. 9 § 2 D. de transact. 2. 15 in den Basil. XI 2, 9 in folgender Weise paraphrasirt:

> Qui per fallaciam coheredum suorum rei veritatem ignorans transegit sine Aquiliana stipulatione, *id est, sine poenae et redditionis promissione,* decipi, nec vero pacisci videtur. Vgl. das Scholion 5.

Es muss aus dieser Umwandlung nicht nur der Mangel an Verständniss für das wahre Wesen der stipulatio Aquiliana, sondern auch eine Minderung, bezw. ein Aufhören der practi-

---

[1]) Vgl. *Bekker*, Aktionen I S. 382 ff.

schen Bedeutung jener Stipulation gegenüber der poenae promissio gefolgert werden. Es stimmt dies mit allem, was wir von dem späteren Schicksale der Stipulation im Allgemeinen und der stipulatio Aquiliana im Besonderen wissen, völlig überein [1]). Also, wenngleich die byzantinischen Juristen die römischen Definitionen von der stipulatio Aquiliana wiedergeben (siehe z. B. das Scholion 1 zu Basil. XI 2, 2), so ist doch anzunehmen, dass im wirklichen Rechtsleben nicht leicht eine transactio einzig durch dieses Bestärkungsmittel gesichert, d. h. ohne poena abgeschlossen wurde. Als die gewöhnliche Form der transactio wird die Pönalstipulation rato manente pacto durch das Scholion 2 zu Basil. XI 2, 34 bezeugt. Man vergleiche ferner Basil. XI 2, 2 in verschiedenen Redactionen: der Cod. Coisl. stimmt mit der l. 2 D. de transact. 2. 15 überein, während Cod. Coisl. Fabr. den Gegensatz zwischen einer transactio μετὰ προστίμου und χωρὶς προστίμου διὰ συμφώνου μόνου aufstellt. Wenn Heimbach hierzu bemerkt, dass der Text des Cod. Coisl. darum vorzuziehen ist, weil er mit dem lateinischen Text näher übereinstimmt [2]), so ist nicht zu übersehen, dass auch sonst, z. B. in dem Scholion 2 zu Basil. XI 2, 20 die Worte κατὰ Ἀκουιλιανὴν ἐπερώτησιν kurzweg durch das μετὰ προστίμου erklärt werden.

Von diesem Spezialfall aus, der freilich schon an sich eine grosse practische Bedeutung hat, ist dann die Conventionalstrafe über ein unbestimmbares Gebiet des Vertragsrechts hin zur Anwendung gekommen. Vielleicht liegt das Bindeglied darin, dass die transactio, die in den Dig. und dem Cod. in unmittelbarem Zusammenhange mit dem pactum behandelt und vielfach als ein pactum bezeichnet wird (z. B. l. 15 D. de transact. 2, 15), allmählich eine untechnische Bedeutung, etwa gleich Abmachung, angenommen hat. Die transactio ist bekanntlich aus dem pactum im alten Sinne hervorgegangen, und es wäre nicht unerhört, wenn in dem Verfall des Rechtslebens die ursprüngliche Einheit, die sich jetzt mit dem nudum pactum vermischt, wieder angestrebt wird. Wie dem auch

[1]) Hierüber *Zachariae v. Lingenthal*, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts. Leipzig 1864, S. 291 ff.

[2]) *Heimbach* in seiner Ausgabe der Basil. Bd. I S. 666 Anm. h.

sei, immerhin deutet ein Sprachgebrauch, der jeden Vertrag, der ohne Conventionalstrafe geschlossen ist, als nudum pactum bezeichnet [1]) darauf hin, dass das römische Contractssystem in der byzantinischen Praxis in gänzlichen Verfall gerathen war. Man wusste nicht mehr, wie man es mit der Stipulation als Bekräftigungsmittel anfangen sollte, und liess daher die Conventionalstrafe einfach an deren Stelle treten.

Der eigentliche Bruch mit den Grundsätzen des römischen Rechtes ist jedoch in den Basiliken nicht zum Vorschein gekommen, wenn auch Spuren davon zu entdecken sind, wohl aber in den sonstigen Rechtsquellen der byzantinischen Zeit. Freilich ist man auch hier nicht in erster Linie auf die positiven Satzungen des Gesetzgebers, sondern vor allem auf das, was hinsichtlich des wirklichen Verkehrslebens ex contrario aus den Gesetzen gefolgert werden kann, angewiesen. Zunächst treten die Zeugnisse der allgemeinen Verbreitung der Conventionalstrafe hier viel stärker hervor, als in den an die Justinianische Compilation sich anschliessenden Basiliken. Es genügt der Hinweis auf eine bekannte Novelle des Kaisers Leo des Weisen [2]). Der Ingress erzählt von einer Ansicht, kraft welcher jeder Vertrag, der ohne Conventionalstrafe geschlossen ist, ein ψιλὸν σύμφωνον sei, auch wenn er schriftlich abgefasst oder durch das Zeichen des Kreuzes oder die Anrufung der Dreieinigkeit bekräftigt worden wäre. Demgegenüber bestimmt zwar die Novelle, dass jeder Vertrag, dessen Gültig-

[1]) Scholion 6 zu Basil. XI 1, 7. Wenn übrigens hier auf Basil. XI 2, 22 und 36 verwiesen wird, wo von einem nichtschriftlichen Vergleich, bezw. von einem Vergleich, der nicht durch stipulatio Aquiliana, sondern nudo pacto abgeschlossen ist, gehandelt wird, so geben freilich diese Beispiele über die in Rede stehende weitere Anwendung der Conventionalstrafe keinen Aufschluss. In dem Scholion zu Basil. XX 1, 77, auf welches gleichfalls verwiesen wird, ist zwar von einer Pönalstipulation und einem pactum die Rede, allein es stellt sich nur heraus, was selbstverständlich ist, nämlich dass eine formlos versprochene Strafe mit der actio conducti eingetrieben werden kann. Immerhin ist zu bemerken, dass hier dem pactum nicht die einfache Stipulation, sondern die Pönalstipulation gegenübergestellt wird.

[2]) Ius Graeco-romanum (ed. *Zachariae a Lingenthal*) III Coll. II Nov. LXXII. Weitere Belege bei *Zachariae v. Lingenthal*, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts S. 302 Anm. 929, 930, S. 308 Anm. 953.

keit durch Anwendung jener „göttlichen Hülfsmittel“ verbürgt wird, auch ohne Conventionalstrafe unwiderruflich und bindend sein soll, aber es ist zum Ueberfluss bezeugt, dass die neue Contractsform den Gebrauch der Conventionalstrafe nicht verdrängt hat. Vgl. z. B. die Novelle des Kaisers Romanus Junior ‘περὶ προστίμων’, wo unter Hinweis auf zahlreiche Stellen der früheren Gesetzgebung (der Basiliken) die „Kraft“ der Conventionalstrafen sowie die Nothwendigkeit, dass sie eingetrieben werden, weitläufig hervorgehoben wird [1]). Mit dem allgemeinen Gebrauch der Conventionalstrafe bei Verträgen aller Art stimmt ferner überein, dass in der Litteratur die Conventionalstrafe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Lehre vom Vertrage behandelt wird. So Πεῖρα XLV: ‘περὶ συμφώνων καὶ προστίμων’. Gleich am Eingang der Erörterung wird hier wiederum in sehr bezeichnender Weise zwischen Verträgen ὅσα μὲν ἔχουσι πρόστιμα καὶ ἀνάγκην τοῦ πληροῦσθαι einerseits und Verträgen ὅσα δὲ οὐκ ἔχουσι πρόστιμον οὐδὲ ἀνάγκην τοῦ πληρωθῆναι andererseits unterschieden [2]). Sodann ist die Entwickelung dahin gelangt, dass die Conventionalstrafen wie die Strafen des öffentlichen Rechts nicht dem Vertragsgegner, sondern dem Fiscus gezahlt werden sollen. (Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 309). Wahrscheinlich ist dies auch der Sinn jener vielfach vorkommenden Stellen, in welchen es heisst, dass die πρόστιμα von dem Richter eingetrieben werden sollen. Bei dieser Sachlage ist wohl anzunehmen, dass die πρόστιμα dem Fiscus auch *versprochen* wurden [3]). Schliesslich tritt neben diesen gewillkürten Strafen

---

[1]) Ius Graeco-romanum III Coll. III Nov. XVII.

[2]) Ius Graeco-romanum I p. 208 sq.

[3]) Bekanntlich finden sich schon in der Justinianischen Compilation Spuren einer dem Fiscus versprochenen Strafe. Sie sind neuerdings von *Mitteis* (Reichsrecht und Volksrecht S. 525 ff.) zusammengestellt worden. L. 42 D. de receptis 4. 8 dürfte jedoch nicht zwei Strafstipulationen enthalten (*Mitteis* a. a. O.), sondern nur eine, zu Gunsten des Fiscus. Wenn es also heisst: ob eam sententiam fisco nihil adquiritur, sed nihilominus stipulationis poena committitur, so stimmt dies zur Noth mit der späteren Behandelung der Verträge zu Gunsten eines Dritten überein. Bei der l. 1 pr. D. de iure fisci 49. 14 möchten wir die Worte: Variae causae sunt, ex quibus nuntiatio ad fiscum *fieri solet* hervorheben: es wird, wört-

ein richterliches Multirungsrecht bei Vertragsverletzungen auf, und der Unterschied zwischen der Conventionalstrafe und der gesetzlichen, bezw. richterlichen Strafe wird verwischt [1]).

Die Berufung auf die graeca fides reicht nicht aus, um diese Entwickelung zu erklären; eher wäre auf den gesammten rechtlichen und socialen Zustand der byzantinischen Zeit hinzuweisen. Immerhin hat u. E. die technische Seite des Rechtslebens, insbesondere die Verwirrung, welche mit der Reception oder vielmehr Nichtreception des römischen, auf der Stipulation aufgebauten Contractsystems verbunden war, eine nicht zu unterschätzende Rolle gespielt. Wir sehen daher auch in dem Endergebnisse jener Entwickelung, d. h. in der Zusammenschmelzung der Conventionalstrafe mit einer kraft richterlichen Multirungsrechts auferlegten, dem Fiscus zufallenden Strafe, nicht nur ein Missverständniss, das durch die gleichlautenden Namen jener beiden Strafen hervorgerufen worden ist [2]), sondern

---

lich genommen, nicht gesagt, es sei ein Gegenstand der Delation, dass dem Fiscus aus einem Privatvertrage eine Strafe zugefallen sei (*Mitteis* a. a. O. S. 526), sondern nur, dass derartige Anzeigen (Denuntiationen) nichts Ungewöhnliches waren. Es stimmt dies mit der zwitterhaften Natur eines solchen Strafgedinges überein: das Vertrauen der Parteien auf die sichere Realisirung ihrer Absichten ist erschüttert, und sie greifen zu einem Sicherungsmittel, das der gesetzlichen Strafe ähnlich ist. Möglich, dass sie damit durchkommen, indem etwa ein Provincialgericht dergleichen gutgeheissen hat. Aber gleich möglich ist es, dass die Parteien zurückgewiesen werden, weil der Vertrag contra bonos mores ist, vgl. l. 3 C. ne fiscus 2. 17. Auch diese Stelle wird von *Mitteis* auf eine Conventionalstrafe bezogen, was jedoch zweifelhaft ist, da der Codextitel sich im Uebrigen auf ganz andere Mittel und Auswege, dem Fiscus ein Interesse zu verschaffen, bezw. seine Hilfe zu erlangen, bezieht. Vgl. Tit. Cod. 2. 13, 14. Mit gleichem Recht könnte dann etwa die l. 5 § 2 C. si mancipium 4. 57: nec in privatorum contractibus fiscus se interponere debe(a)t angeführt werden.

[1]) *Zachariae v. Lingenthal* a. a. O. S. 309.

[2]) So *Zachariae v. Lingenthal* a. a. O. S. 309. Die Bemerkung bei *Zachariae* a. a. O. S. 308 Anm. 949, wo von „einer ungehörigen Einmischung der Lehre von den auf eine poena privata gehenden Klagen" die Rede ist, scheint uns nicht ganz zutreffend. Eine solche Einmischung ist u. E. nicht so sehr ungehörig, als vielmehr für die in dem Verkehrsleben herrschenden Anschauungen symptomatisch. Die bezügliche Stelle (das Scholion 8 zu Basil. XI 1, 10) stellt die Klagenconcurrenz bei der

vor allem ein Zeugniss für die Richtigkeit unserer Grundanschauung, kraft welcher die Conventionalstrafe nicht als ein Vertrag unter anderen zu behandeln ist, sondern im Zusammenhange mit der gesetzlichen Strafe, dem gegenüber sie als eine abgeschwächte, durch Privatdisposition geschaffene Form für den Strafschutz von verstärkungsbedürftigen Verkehrsgebilden erscheint[1]). Wenn das Contractsystem seinen inneren Gehalt verliert und die Vertragsbrüche sich derartig vermehren, dass die Sicherheit des ganzen Verkehrs ernstlich bedroht wird, so nimmt die Anwendung der Conventionalstrafen zu, um schliesslich durch richterliche, bezw. gesetzliche Strafen ersetzt zu werden. Die Entwickelung ist dann zu ihren Ausgangspunkte, wo die Quasiobligationen nur durch gesetzlichen Strafschutz gesichert waren, zurückgekommen[2]). Der Verfall des Rechtslebens zeigt hier dieselbe Erscheinung wie der Anfang der Entwickelung.

§ 4.

Der Vorvertrag.

Obgleich die Inpraktikabilität, welche dem facere als Inhalt von obligatorischen Verträgen eigentümlich ist, im grossen Ganzen innerhalb des klassischen römischen Rechts in der Weise überwunden ist, dass nach den Quellen die Conventionalstrafe nicht mehr als Verkehrsbedürfniss erscheint, so kommt sie doch wiederum zum Vorschein, sobald es sich um gewisse besonders qualificirte Arten des facere handelt. In den Quellen sind einige Beispiele von der Anwendung der Conventionalstrafe bei einem qualificirten facere überliefert. Dass die Anwendung eine mehr oder weniger typische gewesen ist, darf ungeachtet des spärlichen Quellenmaterials nicht verneint werden,

Conventionalstrafe mit den allgemeinen Grundsätzen über die Concurrenz der reipersecutorischen und pönalen Klagen zusammen; eine Vergleichung, die ganz sachgemäss ist.

[1]) Selbstredend ist hiermit nicht gesagt, dass die Lehre von der Conventionalstrafe in systematischen Darstellungen etwa im Strafrecht ihren Platz hätte. Die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Rechtstheilen ist bei dem Mangel einer allgemeinen Rechtslehre noch in einer so unvollkommenen Weise durchgeführt, dass derartige Vorschläge ganz unpractisch sind.

[2]) Siehe unten S. 83.

sondern ist vielmehr aus inneren Gründen entschieden zu behaupten. Diese Fälle charakterisiren sich durch die *Concretion* des facere, d. h. durch ein stärkeres Hervortreten von dem in jedem facere liegenden Moment des *persönlichen* Handelns. Sowohl das dare als das facere stellen Handlungen dar, die von dem Schuldner vorgenommen werden sollen, jedoch liegt der Schwerpunkt beim dare auf dem Ergebniss, der Eigenthumsverschaffung u. s. w., beim facere auf dem Handeln als solchem, was wiederum als ein mehr oder weniger persönliches Handeln erscheint. Aus nahe liegenden inneren Gründen steigert sich die Unsicherheit, die jedem auf ein facere gerichteten Geschäft innewohnt, in demselben Grade, wie das persönliche Moment hervortritt. Je mehr der Gläubiger auf ein persönliches Handeln des Schuldners Gewicht legen muss, um so weniger stehen die Hülfsmittel des objectiven Rechts zu seinen Diensten. Dies trifft in jedem Rechtssystem zu, in besonderem Grade aber in dem römischen, das ja mehr auf die Praktikabilität der Rechte, als auf die Anpassung an oft auf der Grenze der Laune und Willkür stehende Parteiintentionen gemünzt ist. Zunächst von diesem Gesichtspunkt aus betrachten wir die Conventionalstrafe in ihrer Anwendung bei dem Vorvertrag. Diese Anwendung bezeugt Paulus in der

> l. 68 D. de V. O. 45. 1: Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: ‚pecuniam te mihi crediturum spondes?', incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. Vgl. l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1.

Seinem Begriffe nach setzt die Erfüllung dieses Vertrages ein im eminenten Sinne persönliches Handeln voraus, und daher muss er seiner Wirkung nach als ein schwaches Verkehrsgebilde bezeichnet werden. Wenn keine stipulatio vorliegt, so erzeugt der Vorvertrag keine eigene actio, sondern es muss z. B. ex vendito geklagt werden, l. 75 D. de contr. empt. 18. 1, l. 21 § 5 D. de act. empt. 19. 1; ja auch diese Möglichkeit war unter den älteren klassischen Juristen streitig, l. 79 D. de contr. empt. 18. 1[1]). Aber auch wenn der Vorvertrag durch eine stipulatio

[1]) Vgl. *Pernice*, Labeo I S. 481.

abgeschlossen wird, erscheint seine juristische Wirkung zweifelhaft. Der Grund liegt in dem eigenthümlichen Inhalt einer solchen stipulatio — dem contrahere. Abgesehen davon, dass die Verbindlichkeit zum contrahere die Schwäche der auf persönliches Handeln gerichteten Obligationen theilt, kommt hier noch ein zweites dem Vorvertrage eigenthümliches Moment hinzu, welches freilich mit der Richtung der Obligation auf persönliches Handeln innerlich zusammenhängt. Das System der Contracte ist durch das objective Recht von dem Gesichtspunkt objectiver Zwecke typischer Natur ausgebildet und zwar in dem Sinne, dass die Parteien durch die Anwendung jener Geschäftstypen *definitives* Recht erwerben sollen[1]). Persönlich im strengsten Sinne ist hier nur die Parteiinitiative, nicht die Erfüllung der durch diese Initiative übernommenen Verpflichtung. Bei dem Vorvertrag dagegen geht eben der Inhalt der Verpflichtung auf persönliche Initiative hinaus. Dies widerstrebt den Intentionen des objectiven Rechts und zwar in dem Grade, dass die Legaldisposition den Richter anweisen kann, die betreffenden Vereinbarungen, entgegen der Absicht der Parteien, entweder als Nullitäten oder aber als definitive Abmachungen zu behandeln. Wenn einer von diesen Auswegen gewählt wird, dann ist der Vorvertrag als solcher nicht anerkannt. Ob eine andere Behandelungsweise stattfinden kann, hängt von der Macht der Privatdisposition gegenüber der Legaldisposition ab. Es ist unter Umständen — z. B. wenn die Vereinbarung den Inhalt eines kraft der Form bindenden Vertrages, wie der stipulatio, ausmacht, oder wenn, wie heutzutage, der Richter von der bindenden Kraft „aller“ formlosen Verträge eine feste Ueberzeugung hegt — möglich, dass der Vorvertrag als eine species contractus wenigstens in der Weise aufrecht erhalten wird, dass, wenn der Abschluss des versprochenen Vertrages verweigert wird, dem Kläger ein Schadenersatz, dessen Grösse *selbständig*, d. h. eben auf Grund der Nichterfüllung des Vorvertrages bestimmt wird, zugesprochen werden kann[2]). Es wäre

[1]) Vgl. *Degenkolb*, Der Begriff des Vorvertrages. Freiburg 1871. S. 20.

[2]) Auf die Mittel und Auswege, welche das neuere Recht zur Realisirung der obligationes faciendi und damit auch der Verbindlichkeit zu einem contrahere hergestellt hat, ist hier nicht einzugehen.

dies ein Seitenstück zu der Haftung wegen culpa in contrahendo und zwar auch darin dieser ähnlich, dass eine solche selbständige Bestimmung des Interesses fast unüberwindliche Schwierigkeiten darbieten würde. Jedenfalls ist im römischen Recht die Macht der Stipulationsform so gross, dass, wenn einmal die Zulässigkeit der stipulationes faciendi anerkannt war, an der Möglichkeit, ein contrahere zum Gegenstand einer stipulatio zu machen, gar kein Zweifel entstehen konnte. Allein die Wirkung einer solchen Stipulation musste von ihrem Inhalt afficirt werden. Die nahe liegende Analogie mit den stipulationes praetoriae zeigt, dass die Römer in anderen Fällen zum Realisiren eines Anspruches auf contrahere eine Judicialdisposition nöthig erachtet haben, was den Anspruch als ein Rechtsgebilde von schwachem Charakter qualifizirt. Demgemäss bringt auch der Vorvertrag nur zweifelhaftes Recht hervor[1]). Wenn keine poena versprochen ist, weiss auch Paulus — l. 68 D. de V. O. 45. 1 — dem Vertrage keinen anderen Inhalt als das *Interesse* zu geben[2]); was aber den Parteiintentionen widerspricht. Es ist dann natürlich, dass die Parteien ihre Absichten durch den Umweg, den die Conventionalstrafe bietet, zu erreichen versuchen.

§ 5.

Der Gesellschaftsvertrag.

Auf ein besonders qualificirtes facere geht auch der Gesellschaftsvertrag. Die Anwendung der Conventionalstrafe ist mehrfach bezeugt.

---

[1]) Vgl. die allerdings nicht unmittelbar hierhergehörigen l. 30 D de rebus creditis 12. 1 und l. 4 D. quae res pign. 20. 3. Darüber *Wendt* Jahrb. f. Dogm. XXXII. S. 128 ff. Die Darlehnsschuld ist hier, wie *Wendt* treffend hervorhebt, „unsicher und der Ergänzung bedürftig".

[2]) A. M. *Degenkolb* a. a. O. S. 40 ff. Allein es dürfte jedoch innerhalb der obligationes faciendi zwischen verschiedenen Graden von Inpraktikabilität unterschieden werden können. Die Unsicherheit, welche jeder obligatio faciendi innewohnt, ist in dem hier vorliegenden Falle gesteigert. Die Frage nach dem „Inhalt" der obligatio faciendi überhaupt darf freilich eine offene genannt werden. Vgl. *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte II S. 709 Anm. 2 S. 816.

L. 41 D. pro socio 17. 2: Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.

L. 42 D. h. t.: Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.

L. 71 pr. D. h. t. Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent etc.

Ein Beispiel bietet die Urkunde v. J. 167 n. Chr. bei Bruns, Fontes p. 268 sq.

Nach verschiedenen Seiten hin charakterisirt sich der Gesellschaftsvertrag als ein Rechtsgeschäft mit nur schwachen Rechtswirkungen, d. h. Rechtswirkungen, die hinter den Parteiabsichten und gewissermassen auch hinter den diesen Absichten entsprechenden Gesetzintentionen zurückbleiben. Die Eigenthümlichkeiten des Gesellschaftsvertrages gehen, insofern er sich als ein Verkehrsgebilde schwachen Charakters herausstellt, auf die Richtung der aus dem Vertrage entstehenden Pflichten auf *persönliches* Handeln zurück. Wir erinnern an die grosse Rolle, welche die *fides* in dem Verhältniss zwischen den socii spielt[1]) — in societatis contractibus fides exuberat, l. 3 C. pro socio 4. 37 — sowie an die auf dem Treuverhältniss beruhende condemnatio in id quod debitor facere potest, § 38 I. de act. 4. 6. Wenn auch durch den Gesellschaftsvertrag ein jus quaesitum entstand, insofern die actio pro socio, auch ohne dass die Auflösung der Gesellschaft in Frage steht, angestellt werden kann, l. 65 § 15 D. h. t., so musste doch das Rechtsverhältniss als ein Ganzes wegen seines persönlichen Charakters nicht nur den Parteien, sondern auch vom Standpunkte der Rechtsordnung aus als ein solches erscheinen, dem ein besonderer Schutz kraft Parteidisposition nöthig sei. Der Umstand, dass die Klage in der Regel auf die *Auflösung* des Rechtsverhältnisses geht, l. 63 § 10 D. h. t., ist ein Beweis für die Schwäche der juristischen Wirkung des Gesellschaftsvertrages. Diese inner-

[1]) Vgl. über die Fidesnatur des Gesellschaftsvertrages *Pernice*, Labeo I S. 447 ff. *Karlowa*, a. a. O. II S. 655.

liche Schwäche kann durch Hinzufügung der gewöhnlichen Stipulationsklausel, wie dies z. B. in der l. 71 D. h. t. geschehen ist, nur in sehr geringem Grade gehoben werden. Bekanntlich war es Sitte, auch die Consensualverträge durch beiderseitige Stipulationen abzuschliessen, bezw. zu bestärken. Allein bei weitläufigeren Abmachungen wie den Gesellschaftsverträgen war naturgemäss mit der einfachen stipulatio nicht viel gewonnen. Die stipulatio wurde zu einer hinzugefügten Schlussformel, deren reelle Bedeutung hinsichtlich der Verstärkung des Hauptvertrages nicht hoch anzuschlagen ist. Es bleibt ja nach wie vor ungewiss, „ob und wer dereinst und zuletzt als Gläubiger oder Schuldner dastehen werde, und zu welchem Betrage“ (Brinz). Erst die Pönalstipulation bringt etwas Neues; sie schafft wirkliche Sicherung, mag nun der Gesellschaftsvertrag consensu oder mit angehängter Stipulationsklausel abgeschlossen worden sein.

§ 6.

Die Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter.

Durch die Beziehung einer Stipulation auf einen Dritten, ausserhalb des Vertragsnexus stehenden, wird nur zweifelhaftes Recht geschaffen. Es kann selbstredend die Frage nach der Wirkung der Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter hier nicht näher besprochen, es soll vielmehr nur darauf hingewiesen werden, dass die Conventionalstrafe auch in diesem Falle ihre mehrerwähnte typische Funktion ausgeübt hat. Es handelt sich zunächst um die

> l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis. Vgl. § 19 I. de inutil. stip. 3. 19.

Die Stellen besagen nicht, dass das ungültige alteri stipulari (l. 73 § 4 D. de reg. iur. 50. 17, l. 26 C. de iure dotium 5. 12) durch das Anhängen einer Conventionalstrafe Gültigkeit bekommt, sondern dass das *Ergebniss*, dem die Parteien durch den Vertrag zu Gunsten eines Dritten nachstreben, thatsächlich dadurch zu erreichen sei, dass eine Strafe beigefügt wird. Dass dadurch das erwünschte Ergebniss weder mit der Sicherheit noch auf dem Wege gewonnen wird, wie es zu Stande gekommen wäre, wenn das Recht dem Dritten eine Klage auf Erfüllung, bezw. auf das Interesse gäbe, liegt auf der Hand. Allein immerhin wird dem schwachen Verkehrsgebilde des Vertrages zu Gunsten Dritter durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe eine Stütze gewährt, die dessen „freiwillige" Erfüllung zu sichern geeignet ist. Es kommt hier, wie genau genommen überall, wo die Conventionalstrafe in ihrer typischen Function auftritt, ein Gegensatz zwischen *Zweck* und *Mittel* zum Vorschein. Die Legaldisposition bleibt dabei stehen, dass ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten unmöglich ist, weil sie ein dazu geeignetes Mittel nicht kennt; den Parteien aber scheint er nicht unmöglich, wenn nur der Zweck durch ein von ihnen erwähltes — von dem objectiven Recht nicht geradezu verbotenes — Mittel so weit gesichert werden kann, dass der Abschluss solcher Verträge nicht unpractisch wird.

Fraglich erscheint nur, wie das alteri stipulari bei seiner feststehenden „Ungültigkeit" noch als ein Verkehrsgebilde bezeichnet werden kann. Denn, nur wenn dieser Vertrag seiner Ungültigkeit ungeachtet ein Verkehrsgebilde ist, darf er als ein genügendes Fundament für die Conventionalstrafe erachtet werden. Ist die Legaldisposition hier nicht von solcher Stärke und Geschlossenheit, dass sie die ihr entgegentretende Privatdisposition unbedingt ausschliesst? In den früher besprochenen Fällen ist von einer derartigen kategorischen Ungültigkeitserklärung nicht die Rede gewesen. Die Erklärung muss in der geschichtlichen Entwickelung der Stipulationsfunctionen gesucht werden. In alter Zeit wurde zweifellos die stipulatio zu Gunsten eines Dritten als eine Nullität, der durch keinerlei Verstärkung irgend eine „Wirkung" zukommen könnte, angesehen. Ein alteri stipulari musste, weil die stipulatio durch die correspondirende

Frage und Antwort der Parteien, zwischen denen die obligatio entstehen soll, begründet wird, in derselben Weise als das si sine verbis adnuisset (l. 1 § 2 de V. O. 45. 1) beurtheilt werden[1]). Dies wurde aber anders durch die allmähliche Abschwächung der Form zur blossen Umkleidung des Geschäftswillens. Ein durch Stipulation zu Gunsten eines Dritten abgeschlossener Vertrag brauchte dann, jener Form ungeachtet, nicht als eine juristische Nullität angesehen zu werden, sondern konnte einen Thatbestand darstellen, der, obwohl er immer noch keine Klage erzeugen konnte, doch wegen der in ihm enthaltenen conventio in seinen Wirkungen zum Fundament einer Conventionalstrafe geeignet war. Die Einkleidung des Geschäftswillens in die Form einer Stipulation würde dann freilich ganz überflüssig, aber auch unschädlich sein. Eine solche stipulatio wäre nicht anders als eine formlose Verabredung zu beurtheilen. Die oben angeführten Stellen reden eigentlich auch nicht von einer Stipulation als Fundament der Strafe. Das hoc facere braucht ja nicht ein alteri stipulari zu bedeuten, sondern nur etwa den Worten nach so viel, als „eine solche Leistung bewirken".

[1]) Den Grund für die Ungültigkeit des Vertrages zu Gunsten Dritter darf man u. E. nicht vorwiegend, geschweige denn ausschliesslich in den bei den Römern herrschenden ethischen Anschauungen, etwa in dem Standpunkte des Egoismus erblicken. Insbesondere ist der Uebergang von diesem Standpunkte zu einer milderen, humaneren Auffassung (vgl. *Unger*, Jahrb. f, Dogm. X S. 4) u. E. nicht derart genau zu verfolgen, dass ein bestimmter Einfluss dieser Veränderung auf die Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter erkannt werden konnte. Zweifellos wurzelt jene Ungültigkeit tief im Geiste des römischen Rechts, aber immerhin in dem Geiste des *Rechts:* es sind Gebote der juristischen Technik, die dem Verkehrsbedürfniss, dessen Dasein nicht geleugnet werden darf, fortwährend Widerstand leisten. Diese Technik darf nur nicht zu eng oder zu äusserlich gefasst werden: sie ist nichts anderes als das Recht selbst, nach der Seite seiner Verwirklichungsmöglichkeit gefasst. Es sind vornehmlich zwei Grundsätze der juristischen Technik, die bei dem Vertrage zu Gunsten Dritter in Betracht kommen, einmal die Construction der stipulatio und der obligatorischen Verträge überhaupt als ein Band zwischen den Contrahenten, sodann das Erforderniss eines eigenen Interesses seitens der Berechtigten für die Gültigkeit der Obligation. Das Verkehrsgebilde des Vertrages zu Gunsten eines Dritten ist durch die Abschwächung dieser beiden Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts entstanden.

Wenn dies „gestottert, aber nicht gesprochen“ ist, wie Pernice bemerkt[1]), so mag darauf hingewiesen werden, dass es eben in der Natur der Sache liegt, dass bei solchen zwitterhaften Gebilden gestottert wird. Pernice nimmt eine Interpolation der ganzen Begründung der l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1 an und unterwirft die Stelle einer zersetzenden Kritik. Die Möglichkeit einer Interpolation sowie das Vorhandensein von sprachlichen Bedenken kann zugegeben werden, die logischen Mängel der Stelle aber sind u. E. von Pernice zu hoch veranschlagt worden. So wird das „ut . . . . . committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest“ als unlogisch bezeichnet. Es müsste heissen: „denn ein Strafgeding ist auch bei einer Zusage ohne Vermögenswert als Sicherungsmittel zulässig“. (Pernice, Labeo III S. 189 Anm. 2.) Aber eben dies wird ja in dem unmittelbar folgenden Satz gesagt. U. E. schmiegen sich die Worte genau einem sehr verständlichen Gedanken an. Ulpian versetzt sich in die Lage einer Partei, die einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschliessen will — si velim hoc facere — gedenkt des Hindernisses: ut alii detur nihil interest mea, und sucht ein Mittel, um das Hinderniss zu beseitigen; er findet den Umweg über die Conventionalstrafe und spricht dann unmittelbar die *Wirkung* aus, die durch diesen Umweg hervorgebracht wird, ut . . . . . committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest, um erst hiernach den Grund dieser Wirkung, bezw. die Motivirung für die Zulässigkeit jenes Umwegs anzugeben: poenam enim cum stipulatur quis etc. Auch darin möchte Pernice nicht beizupflichten sein, dass der Grund für den gegebenen Rath in der „Abneigung gegen die abstrakte Stipulation“ liege. Nicht darum „wird den Parteien das Strafgeding angeraten, weil dabei der Inhalt der eigentlichen Obligation selbstverständlich zur Erörterung kommt“, sondern die Conventionalstrafe wird als nützlich empfohlen, weil „die Prüfung der materiellen Grundlagen der Stipulation“ kein unzweifelhaftes Resultat zu geben vermag. Die materiellen Grundlagen enthalten Parteiintentionen, die einerseits jetzt nicht mehr von der Legaldisposition schlechthin unterdrückt werden, andererseits

[1]) *Pernice*, Labeo III S. 189 Anm. 2.

aber auch nicht von dem objectiven Recht völlig anerkannt worden sind. Darum giebt der Jurist der Partei den Rath, sich durch Conventionalstrafe zu sichern.

Zu diesem Ergebnisse gelangt man auch, wenn man in dem Passus der betreffenden Stellen: ceterum ut alii detur, nihil interest mea, den wahren Grund der Ungültigkeit des Vertrages zu Gunsten Dritter erblickt. Nach Pernice ist der Satz ceterum si alii detur. nihil interest stipulatoris (§ 19 I. de inut. stip. 3. 19) „offensichtlich falsch", weil schon § 20 ff. Beispiele für das Gegentheil giebt. Dies kann aber wenigstens zur Noth zurechtgelegt werden. Die Motivirung mag für die alte Zeit zutreffend sein, und zwar in der Weise, dass in einem Falle, wo zu Gunsten eines Dritten stipulirt worden war, eben darum kein Interesse des Stipulators anerkannt wurde. Später wurde, wie §§ 20, 21, 22 I. eod. l. 38 §§ 20, 21, 22 D. de V. O. 45. 1, l. 3 C. de inut. stip. 8. 38 zeigen, der Beweis für das Vorhandensein eines Interesses auch in diesem Falle als zulässig angesehen. Dann ist, insofern es sich um die Entstehung eines Forderungsrechts für den Stipulator handelt, die Regel alteri stipulari nemo potest, nur unter der Bedingung, dass der Stipulator kein Interesse hat, aufrecht zu erhalten. Das Sprichwort „ut alii detur, nihil interest mea" hat dadurch seine absolute Bedeutung verloren. Früher war es sozusagen eine praesumtio iuris et de iure, die jetzt zu einer praesumtio iuris abgeschwächt wird. Dass hier die Beurtheilung des Daseins eines Interesses eine ebenso freie wie bei den sonstigen Geschäftsobligationen gewesen ist, kann freilich bezweifelt werden. Immerhin liegt eine Entwickelung von einer strengeren zu einer freieren Beurtheilung der Geschäftsintentionen vor, und als Ergebniss dieser Entwickelung darf die Entstehung des Verkehrsgebildes von Verträgen zu Gunsten Dritter betrachtet werden.

Allein, insofern der Vertrag zu Gunsten Dritter ein Forderungsrecht *des Dritten* begründen soll, wird er bekanntlich nur in einzelnen Fällen von dem römischen Recht anerkannt. Die Richtung Dritten gegenüber ist aber den Vertragsintentionen wesentlich: daher bleibt die Wirkung des Geschäfts, auch wenn das Interesse des Stipulators geltend gemacht werden kann, hinter den Parteiabsichten zurück. Die Conventional-

strafe tritt daher in ihrer typischen Anwendung ein. Die Strafe hat nicht bloss die Bedeutung, dem Stipulator sein Interesse zu fixiren oder zu schaffen[1]), sondern vor allem den Zweck, die bezügliche Leistung den Parteiabsichten gemäss zu bewirken. Selbstredend konnte, wenn eine Pönalstipulation hinzugefügt war, mit rechtlicher Wirkung an den Dritten gezahlt werden. Die Zahlung aber übt hier nicht nur die Function der Abwendung einer Strafe aus, sondern ist Erfüllung einer Verbindlichkeit, obwohl diese in den Quellen weder als eine civilis noch als eine naturalis obligatio anerkannt ist.

Es ist auf diese Spuren der rechtlichen Wirkung des Vertrages zu Gunsten eines Dritten Gewicht zu legen, denn ohne sie wäre die von Ulpianus empfohlene Anwendung der Conventionalstrafe eine ganz exorbitante Zumuthung an die Parteien, bezw. ihre wirkliche Anwendung eine ganz exorbitante Erscheinung, die von dem objectiven Recht nur schlechthin gemissbilligt werden könnte. Allein das objective Recht hat Wirkungen des Vertrages zu Gunsten eines Dritten anerkannt, nur nicht die Wirkung, auf deren Herbeiführung die Parteiabsichten zunächst hinausgehen. Die Wirkungen sind, insofern sie bei der activen Seite des Rechtsverhältnisses zum Vorschein kommen, in der Person des Stipulators anerkannt, in der Person des Dritten aber nicht, oder richtiger, in seiner Person nicht in der Art, wie es den Parteiintentionen entspricht. In der Person des Dritten kommt an sich nur eine Reflexwirkung zu Stande[2]). Die Parteiabsichten gehen aber über die Legaldisposition hinaus und bedürfen daher zu ihrer Sicherung der Conventionalstrafe. —

Eben dasselbe gilt nun hinsichtlich des einen Dritten belastenden Vertrages, der ja dahin gedeutet werden kann, bezw. gedeutet werden muss, dass der Promittent dafür Sorge zu tragen hat, dass die Leistung seitens des Dritten vorgenommen wird, l. 81 D. de V. O. 45. 1. Diese Auslegung aber ist nach der strengeren Auffassung der Stipulation nicht zulässig:

---

[1]) *Unger*, Jahrb. f. Dogm. X S. 17.

[2]) Vgl. *Jhering*, Jahrb. f. Dogm. X S. 252. *Unger*, daselbst S. 18.

l. 38 § 1 D. de V. O. 45. 1: Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum;

§ 21 I. de inutil. stip. 3. 19: Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

Die Wirkung des Vertrages zu Lasten eines Dritten wurde von den Parteien wie von der Rechtsordnung solange als zweifelhaft angesehen, als die Auslegung der Stipulationen sich den gebrauchten Worten streng anzupassen hatte, und musste darum durch Conventionalstrafe gestützt oder gesichert werden. Mit der Zulässigkeit der poenae stipulatio tritt sogleich die ihr gleichwerthige stipulatio auf quanti ea res est hervor:

l. 38 § 2 D. de V. O. 45. 1: At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere.

Das Endergebniss der Entwickelung ist die l. 81 D. de V. O. 45. 1.

Immerhin wird auch bei der freieren Auslegung eine Gebundenheit des Dritten, wie sie den Parteiabsichten entspricht oder doch entsprechen kann, nicht hergestellt, l. 38 pr. D. de V. O. 45. 1. Die dem Promittenten drohende Strafe soll aber dahin wirken, dass den Parteiintentionen gemäss seitens des Dritten die Verpflichtung erfüllt wird. Die Ansichten über die Gültigkeit des Hauptvertrages stehen einander schroff gegenüber: zwar können sie in der angedeuteten Weise verstanden, bezw. vereinigt werden, aber immerhin liefern die Stellen, wie sie eben vorliegen, den Beweis für die zwitterhafte Natur des Rechtsgebildes. Wenn auch die Auslegung des Vertragswillens eine Gebundenheit des Promittenten hat entstehen lassen, so ist damit den Parteiintentionen nicht immer Genüge gethan. Diese drängen weiter, und die freilich wiederum auf die Parteien beschränkte Strafdrohung tritt hervor, um die Leistung seitens des Dritten zu bewirken. Die Construction des Vertrages zu Lasten eines Dritten setzt zweierlei voraus, einmal dass die steifen Kategorien Gültigkeit und Ungültigkeit in Fluss gebracht werden, und sodann dass der Begriff einer Privatdisposition im engeren Sinne anerkannt

wird. Es ist ganz richtig, dass man nicht Handlungen Anderer willkürlich versprechen kann, auch richtig, dass der Regel nach ein derartiges Versprechen die etwa schon bestehende Gebundenheit oder Quasigebundenheit des Dritten nicht zu steigern vermag, allein immerhin kann ein Complex von Thatsachen und unter diesen ein Vertrag zu Lasten eines Dritten vorliegen, der eine Leistung seitens dieser Person *gerecht* erscheinen lässt. Man denke nur an das in den Quellen erwähnte Versprechen liberam personam sisti, wo eine — natürlich von Rechtswegen nicht anerkannte — Verpflichtung einer Person, etwa im Interesse der Gemeinschaft sich einzustellen, angenommen werden kann. In diesem Sinne könnte sogar die clausula „vel ceterorum" (l. 27 § 1 D. de recept. 4. 8), wörtlich gefasst, nicht ganz unverständlich erscheinen. Es liegt der Gemeinschaft viel daran, dass Vergleiche gehalten, bezw. von Dritten nicht angefochten werden. Um an bekannte Kategorien anzuknüpfen, können wir sagen: innerhalb des weiten Gebietes der boni mores giebt es vielfach engere Kreise, die sich als Verpflichtungen charakterisiren lassen, obwohl sie als solche von dem objectiven Rechte nicht in eben der Richtung anerkannt sind, in welcher sie zunächst dem unbefangenen Rechtsbewusstsein erscheinen. Das Recht aber kann solchen Verpflichtungen vielfach in indirecter Weise seinen Schutz gewähren. So in dem hier vorliegenden Falle: das Recht kann selbstverständlich nicht allgemein eine Verpflichtung des Dritten entstehen lassen, aber es kann, wenn die betreffende Leistung nach Lage der Umstände *gerecht* erscheint, demjenigen eine Strafe androhen, an dem es liegt, dass die Leistung nicht vorgenommen worden ist; oder das Recht kann zulassen, dass Jemand, der an der Leistung ein Interesse hat, sich eine Strafe für den Fall der Nichtleistung versprechen lässt, und kann diesem Versprechen seinen Schutz gewähren.

§ 7.

Die Verabredung einer Servitut.

Die Parteiintentionen können bei einem Vertrage dahin gehen, dass eine Gebundenheit, die dem durch den Vertrag begründeten dinglichen oder quasidinglichen Recht entspricht,

entstehen soll. Dies ist u. A. bei der vertragsmässigen Bestellung von Servituten der Fall. Die Conventionalstrafe hat bei der Entstehung dieser Form von Servitutenbegründung eine Rolle gespielt und zwar, indem sie dem schwachen Verkehrsgebilde des dinglichen Vertrages eine Stütze gewährte. Ueber den Ursprung dieser Anwendung der Conventionalstrafe, die für die Function des Sicherungsmittels durchaus typisch ist, berichtet Gaius II 31:

> Sed haec scilicet in Stalicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt, alioquin in provincialibus praediis sive quis usum fructum, sive ius eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Die hier zum ersten Mal vorkommenden Worte pactionibus et stipulationibus, die in dem § 4 I de serv. 2. 3, § 1 I. de usufr. 2. 4, l. 3 pr. D. de usufr. 7. 1 wiederkehren, haben u. E. ursprünglich den Sinn gehabt: es könne in provincialibus praediis durch ein pactio nebst einer Pönalstipulation eine Wirkung hervorgebracht werden, die der Entstehung der Servituten durch mancipatio oder in iure cessio analog ist. In der pactio — der formlosen Verabredung — haben selbstredend die Parteiintentionen den weitesten Spielraum: auch die dingliche Wirkung kann nicht ausgeschlossen sein. Dagegen ist es durchaus unwahrscheinlich, dass die Römer die Stipulation, d. h. eben das Contractsgebilde, welches das obligatorische „Band“ als ein nur zwischen den Contrahenten bestehendes am reinsten darstellt, ohne Weiteres als eine geeignete Form für die Realisirung von Geschäftsintentionen erachtet haben, wie sie bei der Bestellung von Servituten vorliegen. Es wurde eine Vermittlung gesucht und eben in der Pönalstipulation gefunden. Wann die Krücke weggeworfen worden ist, dürfte nicht genau festzustellen sein. Vgl.

> l. 25 § 7 D. de usufr. 7. 1: Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati usus fructus sit con-

> stitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum, videndum.

Hier wird nicht die pactio, sondern nur die stipulatio erwähnt. Es kann dies der Kürze halber für per pactionem et stipulationem stehen, aber es ist auch möglich, dass schon zur Zeit des Ulpians ein dingliches Recht als Wirkung einer stipulatio ire agere licere u. s. w. entstehen konnte. Deutlicher liegt die Sache, wenn aus den pactionibus et stipulationibus das pactum *vel* stipulatio geworden ist.

> L. 12 C. § 1 b. de aedefic. 8. 10: Quamobrem sancimus, si pactum vel stipulatio aedificantem iuvet, licere ei secundum pacti vel stipulationis vim aedificare, etiamsi vicinos, quibus adversatur pactum, inde laedere videatur. Vgl. l. 12 §§ 3 b. 4 b. C. eodem.

Es kann nicht unsere Absicht sein, zu der grossen Streitfrage, ob die römischen Juristen den dinglichen Vertrag als solchen gekannt haben oder nicht, eine motivirte Stellung zu nehmen. Dass aus einem Vertrage nach den Principen des römischen Rechts nur eine obligatio entstehen kann[1]), mag bezweifelt, bezw. mit der jetzt herrschenden Ansicht verneint werden; dass es „prätorisches Princip“ gewesen sei, dass „für die Begründung aller iura in re aliena ..... die Form des Vertrags (genüge)“[2]), mag richtig sein, nur darf nicht übersehen werden, dass dieses Princip nicht von Anfang an als solches aufgestellt worden war: es wird — jedenfalls insofern es von der Entstehung der Servituten handelt — im Gegentheil nur durch Umwege ein Ergebniss hervorgebracht, das äusserlich als eine Anwendung des Principes erscheint. Der Umweg aber ist in dem hier in Rede stehenden Falle die Conventionalstrafe. Man beachte die Fassung si quis ..... constituere velit ..... id efficere potest, die auf die nur indirecte, d. h. durch Privatdisposition in unserem Sinne vermittelte Art und Weise hinweist, in welcher die betreffenden iura hier bestellt werden. Im klassischen, oder vielleicht erst im Justinianischen Recht tritt aber u. E. die stipulatio wirklich als „das

[1]) *Vangerow*, Pand. I S. 753.

[2]) *A. Schmidt*, Ztschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanist. Abth. 1890, S. 160.

die Dienstbarkeit eigentlich Begründende" hervor[1]). Wenn einmal die Stipulation zu einem „Sicherungsmittel" geworden ist, so kann sie selbstredend einem auf eine dingliche Wirkung abzielenden pactum hinzugefügt werden, bezw. an dessen Stelle treten. Wenn eine Servitut durch ein pactum bestellt werden kann, so mag sie auch durch eine stipulatio — der Form ungeachtet — begründet werden können. Die Möglichkeit, bei einer unbefangenen Auffassung der Quellen, die ja wiederholt von einer Bestellung der Servituten durch Stipulation reden, stehen zu bleiben, wird durch den Hinweis auf die Verkümmerung der Stipulation verständlich. Es soll nur behauptet werden, dass, wenn die Verabredung, welcher die Stipulationsworte hinzugefügt sind, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäss als eine stipulatio bezeichnet werden darf, die Stipulation in diesem Sinne freilich als das die Dienstbarkeit eigentlich Begründende anzusehen ist. Unter der Einwirkung der Conventionalstrafe entwickelt sich das Fundament von einem obligatorischen zu einem dinglichen Rechtsgebilde. *Insoweit* das principale Gebilde ein Fundament der Conventionalstrafe ist, mag es freilich immer nur eine obligatorische Gebundenheit enthalten, allein daraus folgt nicht, dass die Tendenz nicht weiter geht; und zwar geht sie weiter eben kraft der hinzugefügten Strafdrohung. Die Gebundenheit, welche das Fundament der Conventionalstrafe ist, geht auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit hinaus, was für das dingliche Recht nicht passt[2]). Demgemäss würde das Fundament der Conventionalstrafe in diesem Falle dingliche und obligatorische Wirkung zugleich haben. Insoweit es obligatorisch wirkt, kann es durch Conventionalstrafe verstärkt werden. Daher kann auch der stipulatio ‚ire agere licere' in gewöhnlicher Weise eine Pönalstipulation *hinzugefügt* werden, was dem oben dargelegten Entwickelungsgang bei der stipulationes faciendi entspricht. Beispiele bieten l. 2 § 6, l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1.

Diese Entwickelung wird nun durch eine andere Erwägung bestätigt. Bekanntlich konnte bei einer Veräusserung durch

[1]) Dawider auch *Windscheid*. Pand. I § 212 Anm. 1.

[2]) Vgl. *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867. S. 6.

mancipatio oder in iure cessio eine Servitut durch deductio bestellt, bezw. bei der traditio durch eine lex dicta begründet werden[1]). Die lex rei suae dicta ist nichts anderes, als eine Varietät der Privatdisposition im engeren Sinne. Mit dieser Art der Servitutenbestellung wird nun die Begründung durch stipulatio ausdrücklich zusammengestellt.

> L. 13 pr. D. comm. praed. 8. 4: Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Die beiden Bestellungsformen werden als gleichwerthig hingestellt. Wie sie dies geworden sind, wird in der l. 33 pr. D. de S. P. R. 8. 3 angedeutet.

> Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.

Die lex ist zum pactum geworden und dann wurde die stipulatio als Sicherungsmittel hinzugefügt. Dass diese stipulatio ursprünglich eine poenae stipulatio gewesen ist, muss unbedenklich angenommen werden[2]).

---

[1]) Vgl. *Pernice*, Labeo I S. 477 ff.

[2]) Bekanntlich hat *Jhering* (Jahrb. f. Dogm. X S. 557 ff.) die Stipulationsservitut als „eine activ wie passiv mit der Sache verbundene Obligation" construirt. Es soll hier nicht die Kategorie der dinglich geschützten Obligation auf ihren Nutzen einer Prüfung unterzogen werden, obgleich es uns ziemlich naheliegend scheint, an deren Stelle einfach von Verträgen, die auf einmal obligatorische und dingliche Wirkungen haben, zu sprechen. Dagegen ist hervorzuheben, dass die Dinglichkeit der Obligation im Sinne *Jhering*'s offenbar nur ein schwach ausgebildetes Moment ist, dessen Unterstützung durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe dringend geboten erscheint. — Als einen Fall der dinglich geschützten Obligation bespricht *Jhering* in den Jahrb. f. Dogm. X S. 546 ff. die

§ 8.

Die Zinsverbindlichkeit.

Die Anwendung der Conventionalstrafe pro usuris ist mehrfach bezeugt.

L. 44 D. de usur. 22. 1: Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest.

L. 90 D. de V. O. 45. 1: Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, etiamsi sortis obligatio in iudicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit, quia verum est solutam pecuniam non esse.

L. 15 C. de usur. 4. 32: Cum adleges uxorem tuam ea condicione mille aureorum numero quantitatem sumpsisse, ut, si intra diem certum debito satis non fecisset, cum poena quadrupli redderet quod accepit,

---

Nebenverträge beim Verkauf der Sklaven. Dass die Wirkung solcher Verträge durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe gesichert wurde, wird vielfach bezeugt. Vgl. l. 6, l. 7, l. 9 D. de servis exportandis 18. 7, l. 2 C. si servus exp. 4. 55, l. 5 § 1, l. 6 C. si mancipium 4. 57. Der Zusammenhang zwischen der von den Parteien angestrebten dinglichen Wirkung und der Tendenz der lex rei suae dicta liegt hier auf der Hand. Dass der Praxis die Anwendung der Conventionalstrafe zum Schutz eben der dinglichen Wirkung des Vertrages nicht fremd war, scheint hier und da wenigstens angedeutet zu werden. Vgl. z. B. l. 5 pr. § 1 C. si mancipium 4:57: Ea quidem manicipia, quorum venditio eam legem accepit, ne ad libertatem perducantur, etiamsi manumittantur, nancisci libertatem non possunt. Neque enim condicio, *quae personae eius cohaesit*, immutari facti eius qui ea lege comparavit potest. § 1. Nec tamen, poenae exactio si qua addita est condicioni non servatae, iustam exigendi tribuit causam. Vgl. *Jhering* a. a. O. S. 548 Anm. 191. Die Möglichkeit der poenae exactio wird zurückgewiesen, offenbar weil der Grundsatz nancisci libertatem non possunt durchgedrungen war. Die Stellen kämen eigentlich für uns aus einem anderen Gesichtspunkte — nämlich als Anwendungen der Conventionalstrafe zum Schutz immaterieller Interessen — in Betracht. Aber es ist nicht zu verneinen, dass die Hinzufügung der Conventionalstrafe den Schutz der dinglichen Geschäftsintentionen nebenbei bezweckt hat. An sich würde auf die Erscheinung, welche von *Jhering* als eine dinglich geschützte Obligation bezeichnet wird, auch die Kategorie des Vertrages zu Lasten eines (zunächst) unbestimmten Dritten passen. Ein näheres Eingehen hierauf scheint indessen für unser Thema keinen entsprechenden Gewinn zu bieten.

iuris forma non patitur legem contractus istius ultra poenam legitimarum usurarum posse procedere. Vgl. noch l. 11 pr. D. de usur. 22. 1, l. 40 D. de rebus cred. 12. 1, l. 22 C. de usur. 4. 32.

Dass es im römischen Recht als ein Verkehrsbedürfniss empfunden worden ist, den Anspruch auf Verzugszinsen durch eine Pönalstipulation zu sichern, bezw. zu ersetzen, kann nicht übersehen werden. Erstens wurden beim Darlehn Verzugszinsen bekanntlich ohne Stipulation der Regel nach nicht gewährt. Wenn hier eine stipulatio eingegangen wird, so nimmt sogar die stipulatio usurae leicht einen pönalen Charakter an. Vgl. l. 40 D. de rebus cred. 12. 1, l. 12 D. de usur. 22. 1. Es liegt dann nahe, sogleich eine bestimmte Geldpön zu stipuliren. Sodann gehörte der Anspruch auf Verzugszinsen überhaupt, wenn sie nicht besonders stipulirt waren, nicht zu den sicheren Ansprüchen, und zwar wegen der hier platzgreifenden Judicialdisposition. Vgl. z. B. l. 47 D. de act. empt. 19. 1. Die Nothwendigkeit der Judicialdisposition benimmt hier wie sonst bis zu einem gewissen Grade dem Anspruch die Natur des quaesitum ius. Die s. g. gesetzlichen Zinsen sind im gewissen Sinne eher als *richterliche* Zinsen zu bezeichnen (officio iudicis praestantur). Die Zinsverbindlichkeit entsteht in diesen Fällen, wie es Windscheid ausdrückt, „auf Grund von Thatsachen, welche an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten nicht sind“[1]). Dies ist zwar nicht wörtlich zu verstehen, denn entweder sind keine Thatsachen an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten, oder alle sind es, aus denen eine Verbindlichkeit wirklich entspringt; aber immerhin bleibt es wahr, dass ein quantitativer Unterschied hinsichtlich der Causationsfähigkeit der juristischen Thatsachen besteht, ein Unterschied, dessen Consequenz nach einer Seite darin zum Vorschein kommt, dass, um bis zu dem concreten, d. h. wirklichen Recht zu gelangen, ein um so grösserer Spielraum dem Ermessen des erkennenden Richters gegeben werden muss, je weniger scharf die Abgrenzung der relevanten Thatsachen durch das objective Recht an und für

[1]) *Windscheid*, Pand. II § 259 Anm. 10.

sich ist. Die Legaldisposition des römischen Rechts hat dem Thatbestande der Zinsverbindlichkeit, wenn sie nicht auf eine Stipulation zurückzuführen ist, nicht die Ausprägung gegeben, die zur Aufstellung einer actio nöthig ist, sondern sie ist dabei stehen geblieben, dass Zinsen beim Verzuge des Schuldners u. s. w. geleistet werden sollen, und überlässt es dem Judex, die Voraussetzungen des Verzuges nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen und demgemäss die Zinsenpflicht aufzuerlegen. Die Zinsverbindlichkeit des säumigen Schuldners wird von dem erkennenden Richter nicht nur anerkannt oder bejaht, sondern gewissermassen gefunden oder geschaffen. Sie ist also nicht von Hause aus, d. h. durch die Legaldisposition „sicher" gestellt: die Parteien empfinden daher ein Bedürfniss nach grösserer Sicherheit, das durch die Verwandelung des Zinsenanspruches in einen Anspruch auf poena kraft einer besonderen Stipulation erfüllt wird. Dass die poenae stipulatio vielfach als Schleichweg zur Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über die Höhe der Zinsen benutzt worden ist, bedarf kaum der Hervorhebung. In den oben angeführten Stellen und sonst wird dieser Sitte mehrmals entgegengetreten. Andererseits bezeugen die Quellen, dass locale Gewohnheiten bestanden haben, die die Höhe der Zinsen besonders regulirten (l. 1 pr. D. de usur. 22. 1, l. 26 § 3 C. de usur. 4. 32). Es liegt auf der Hand, dass solche Gewohnheiten gegenüber einer generalis sanctio, wie sie in der l. 26 C. cit. gegeben wird, vielfach Veranlassung zum Zweifel haben geben können, was dann wiederum die Anwendung der Conventionalstrafe hervorruft.

Wenn nun eine poena pro usuris stipulirt wird, so liegt äusserlich nur eine Pönalstipulation vor, und der Anspruch auf Zinsen kommt gar nicht zum Vorschein. Es scheint, als ob die Capitalschuld das Fundament der Strafe sei. Allein die Nichterfüllung der Capitalschuld ist nur Bedingung für die Entstehung des Fundamentes. Das Fundament selbst, d. h. die zu der Strafdrohung gehörige Norm, geht auf die Leistung von Zinsen: sie ist eine bedingte Norm, d. h. eine Norm, deren Inkrafttreten durch die Nichterfüllung der geschuldeten Hauptleistung bedingt ist. Die gesetzliche Zinsverbindlichkeit besteht selbstverständlich, obgleich sie nicht

einmal in solutione ist, neben der Verbindlichkeit aus der Pönalstipulation fort. Die Androhung einer Strafe mag dann als eine Bestärkung jener Verbindlichkeit angesehen werden können. Wäre dagegen ohne stipulatio keine Zinsverbindlichkeit da, wie es z. B. der Regel nach beim Darlehn der Fall ist, so muss gesagt werden, dass das Fundament der Strafe nur darin bestehe, dass dem allgemeinen Rechtsbewusstsein gemäss die usurae hätten stipulirt werden können. Verschieden von dem Falle, wo eine poena pro usuris stipulirt wird, ist daher immer der Fall, in welchem ein gesteigertes Interesse an rechtzeitiger Erfüllung durch Conventionalstrafe gesichert werden soll[1]).

§ 9.

Verbindlichkeit zu nicht geldwerthen Leistungen.

Schliesslich mag auf den indirecten Schutz, welchen die s. g. immateriellen Interessen durch die Conventionalstrafe bekommen können, hingewiesen werden. In der grossen Controverse über die Möglichkeit von Verträgen, die auf Leistungen ohne Geldwerth gehen, spielt die Conventionalstrafe eine — freilich durchaus bescheidene — Rolle. Zur Vertheidigung der herrschenden Lehre über die Nothwendigkeit des Geldwerthes der Obligation hatte Hartmann die Thatsache angeführt, dass der Begriff der Obligation nun einmal unter dem Einfluss der Geldcondemnation entwickelt worden ist, und hierzu die Bemerkung hinzugefügt, dass es doch „etwas Anderes und minder Gefährliches“ sei, „dass die Parteien (innerhalb der Grenze der guten Sitte) sich durch Verabredung einer festen Conventionalstrafe *hypothetisch* binden können“[2]). Da-

[1]) Im Falle einer traiectitia pecunia wird der Gebrauch der Conventionalstrafe noch besonders hervorgehoben, l. 9 D. de naut. faen. 22, 2: Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris. Vgl. l. 8 D. h. t., l. 23 D. de obl. et. act. 44. 7. Es scheint, als ob auch hier die poena pro usuris stipulirt worden ist, obgleich die l. 23 D. cit. einen anderen Zweck angiebt, vgl. aber l. 4 § 1 D. de naut. faen. 22. 2.

[2]) *Hartmann*, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. Braunschweig 1868. S. 49 Anm. 1.

gegen sagt nun Windscheid: „Hartmann verweist auf die Möglichkeit, sich durch Conventionalstrafe zu sichern; aber die Frage ist eben, ob diese Möglichkeit zur rechtlichen Nöthigung zu erheben ist“ [1]). Diesen Worten liegt der Gedanke zu Grunde, dass, wenn es auch von Rechts wegen noch so fest stände, dass eine Leistung ohne Geldwerth den Inhalt eines obligatorischen Vertrages nicht bilden kann, dennoch einer Verabredung über nicht geldwerthe Leistungen eine Conventionalstrafe gültig hinzugefügt werden könnte. Eine solche Auffassung verkennt u. E. die Grenzen der Privatdisposition im engeren Sinne. Das schlechthin Unmögliche kann durch sie nicht möglich gemacht werden, wohl aber kann ein Vertrag, der an sich nur schwache Rechtswirkungen entstehen lässt, durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe eine solche Stärke gewinnen, dass der Gläubiger mit einer practisch genügenden Sicherheit auf die Erfüllung der durch den Vertrag entstandenen Verbindlichkeit rechnen kann. Wenn dem aber so ist, so kann hier ebensowenig wie sonst das Fundament der Strafe in negativer Weise formulirt werden (nicht geldwerthe Interessen), denn nicht alle derartigen Interessen können, auch wenn sie Gegenstand von „Verträgen“ werden, als von Rechts wegen in irgend einem Grade schutzwürdig erscheinen. Vielmehr muss man dabei stehen bleiben, besondere Gruppen von immateriellen Interessen, die im wirklichen Verkehrsleben durch Conventionalstrafen gesichert werden, nachzuweisen. Mit blossen *Möglichkeiten* — dass sich noch andere Gruppen aufstellen lassen — hat weder die Dogmatik des Rechts noch die Rechtsgeschichte etwas zu thun.

Dass es im römischen Verkehrsleben üblich war, etwaige Verträge über nicht geldwerthe Leistungen durch Conventionalstrafe zu sichern, lässt sich nun an der Hand der Quellen nicht darthun. Es muss vielmehr hervorgehoben werden, dass immaterielle Interessen nicht einmal den Inhalt irgend einer Quasiobligation, wie sie zum Fundament einer Conventionalstrafe nöthig ist, bilden können. Jedoch finden sich einzelne Spuren einer entgegengesetzten Verkehrssitte und zwar einer-

[1]) *Windscheid*, Pand. II § 250 Anm. 3.

seits direct, indem das Stipuliren einer poena ausdrücklich für zulässig erklärt wird, andererseits indirect, indem jener Sitte durch das besondere Eingreifen des Gesetzgebers für einzelne Fälle entgegengetreten wird. Wir geben nur einige Belege, die zwar aus den Quellen vermehrt werden können, nicht aber durch willkürlich erdichtete Beispiele ersetzt werden dürfen.

Erstens mag an die operae libertorum erinnert werden. Die Dienste, welche der Freigelassene seinem patronus schuldet, sind bekanntlich nicht direct erzwingbar. Einerseits gehen sie, wenn sie nicht stipulirt worden sind, aus Thatsachen hervor, „welche an und für sich Erzeugungsgründe von Verbindlichkeiten nicht sind", andererseits enthalten sie Leistungen, die weit über den gewöhnlichen Inhalt der Verkehrsobligationen hinausgehen. Operae sunt diurnum officium (l. 1 D. de op. lib. 38. 1, vgl. l. 6 D. eodem). Nach der letzteren Seite hin haben die Verbindlichkeiten der Freigelassenen in diesem Zusammenhang ihren Platz: es sind theilweise immaterielle Interessen, die den Inhalt der Obligation oder Quasiobligation ausmachen. Die Anwendung der Conventionalstrafe zu ihrer Sicherung ist mehrfach bezeugt.

> L. 1 § 6 D. quarum rerum 44. 5: In summa si in continenti impositum quid sit liberto, quod ἐπαιωρούμενον oneret eius libertatem, dicendum est exceptioni locum facere. Sed si post intervallum, habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat hoc promittere: sed idem erit probandum et hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum metu solo vel nimia patrono reverentia ita se subiecisse, ut vel poenali quadam stipulatione se subiceret.
>
> L. 39 pr. D. de op. lib. 38. 1: Si ita stipulatio a patrono facta sit: ‚si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes?' videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas. Vgl. noch l. 39 § 1 D. eodem.

Die Tendenz zu illoyaler Anwendung des Sicherungsmittels tritt deutlich hervor.

Sodann wird eine Conventionalstrafe, die die Sicherung der ehelichen Treue seitens des Mannes bezweckt, als gültig anerkannt.

> L. 121 § 1 D. de V. O. 45. 1: Stipulationis utiliter interponendae gratia mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit.

Es sind die Rücksichten auf die boni mores — deren Erforderniss hier *positiv* gefasst ist, vgl. l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1 — welche die Conventionalstrafe in diesem Falle als zulässig erscheinen lassen. Ebenso tritt der Gedanke, dass die immateriellen Interessen der boni mores wegen wenigstens indirecter Weise zu schützen sind, in der l. 132 pr. D. de V. O. 45. 1 hervor.

> Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset.

Hier kommt wiederum die Anwendung der Conventionalstrafe zur Sicherung einer lex rei suae dicta zum Vorschein[1]).

Schliesslich verzeichnen wir die donatio eines Sklaven sub modo und die den modus stützende Conventionalstrafe, die in der l. 122 § 2 D. de V. O. 45. 1 erwähnt ist[2]).

> Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: „Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo

[1]) Auf nicht geldwerthe Interessen geht auch die lex rei suae dicta in der l. 11 D. de rel. 11. 7: Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.

[2]) Vgl. oben S. 61 Anm. 2.

meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spopondit Claudius". Quaero, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. Respondit nihil proponi, cur non potest.

Die Auflage selbst ist vielfach die Form, unter welcher immaterielle Interessen indirecter Weise im Wege Rechtens realisirt werden können. Hier wird der an sich schwache Rechtsschutz durch die Conventionalstrafe verstärkt.

Als Belege für die Behauptung, dass die Legaldisposition mitunter den Schutz der immateriellen Interessen durch die Conventionalstrafe *verworfen* hat, führen wir nur zwei Fälle an. Es wird einer hier und da auftauchenden Sitte, die sponsalia sub poena einzugehen, entgegengetreten.

L. 5 § 6 C. de sponsal. 5. 1: Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet. Vgl. l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 71 § 1 D. de condic. et demonstrat. 35. 1 [1]).

Ebenso hat man den römischen Grundsatz über die Freiheit der Ehen durch Androhung einer Conventionalstrafe für den Fall der Scheidung zu umgehen versucht, was aber gleichfalls bekämpft wird [2]).

L. 2 C. de inutil. stip. 8. 38: Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat.

Nachdem gesetzliche Scheidungsstrafen eingeführt waren, wird die Motivirung für die Unzulässigkeit der Conventionalstrafe eine andere.

---

[1]) Ueber byzantinisches Recht vgl. *Zachariae v. Lingenthal*, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts S. 25.

[2]) Die Scheidungsstrafen kraft Privatdisposition sind innerhalb verschiedener Theile des römischen Reichs alte Landessitte gewesen. Siehe *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht S. 269, 301 ff.

L. 19 D. de V. O. 45. 1: Si stipulatio facta fuerit: ‚si culpa tua divortium factum fuerit, dari?', nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa.

Diese soeben gegebenen Beispiele einer Anwendung der Conventionalstrafe zum Schutz immaterieller Interessen sind offenbar nicht von der Bedeutung, dass man etwa die Behauptung aufstellen könnte, der anerkanntermassen vorliegende Mangel der Legaldisposition sei durch das Heranziehen der Conventionalstrafe im erheblichen Umfange gehoben worden. Vielmehr ist zu behaupten, dass ein Verkehrsbedürfniss nur in geringem Mass vorgelegen hat. —

Eine Sonderstellung unter den immateriellen Interessen nimmt das Interesse ein, welches an die *Naturalerfüllung* einer Verbindlichkeit geknüpft ist. Es kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht etwa in diesem Falle die Conventionalstrafe ihre typische Function ausgeübt habe. U. E. kann hierüber nichts Sicheres nachgewiesen werden. Zwar muss die Conventionalstrafe thatsächlich in grossem Umfange die Lösung des Obligationennexus durch Naturalerfüllung bewirkt haben. Zur Wahrung des Erfüllungsinteresses in diesem Sinne ist die Regel von dem Verfall der Strafe bei nur theilweiser Erfüllung geeignet, l. 47 D. de act. empt. 19. 1, l. 85 § 6 D. de V. O. 45. 1. Sodann dient jenem Zwecke die Möglichkeit, eine Strafe von beliebigem Betrag zu stipuliren, sowie die Zulässigkeit der cumulativen Haftung. Wenn endlich, wie z. B. l. 77 D. de V. O. 45. 1 zeigt, durch Hinzufügung einer Conventionalstrafe die Verantwortlichkeit aus dem Hauptcontracte über die gewöhnliche Grenze hinaus erstreckt werden kann, so muss auch dies im Dienste der Naturalerfüllung wirken. Allein die Frage, inwieweit eben die Naturalerfüllung von den Parteien und von der Rechtsordnung aus beabsichtigt war, ist aus den Quellen nicht zu entscheiden. Von dem einseitigen Standpunkte der Parteien aus liesse sich zwar immer und überall eben die Erfüllung als das entscheidende Motiv zur Hinzufügung einer Conventionalstrafe nennen, aber dies Interesse kann im römischen Recht nicht mit Sicherheit als

ein Verkehrsinteresse bezeichnet werden, das von dem objectiven Recht einigermassen anerkannt worden wäre[1]). Es soll natürlich gar nicht bestritten werden, dass die Parteien in diesem Sinne eine Pönalstipulation haben anwenden können, die dann auch selbstredend gültig war, aber dies ist etwas Anderes, als wenn ein Verkehrsbedürfniss nach solchem Rechtsschutz wirklich anerkannt wäre. Auf das Erfüllungsinteresse in unserem Sinne ist die Conventionalstrafe in der l. 54 § 1 D. locati 19. 2 gemünzt.

> Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori: vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt.

Es liegt aber auf der Hand, dass aus dem vereinzelt stehenden Falle keine weitere Folgerung zu ziehen ist. Vielmehr muss aus dem Schweigen der Quellen gefolgert werden, dass das römische Recht in der Erfüllung, wenn sie mit dem Interesse im gewöhnlichen Sinne verglichen wird, nur das s. g. Affectionsinteresse erblickt hat. Die Gesammtrichtung des römischen Privat- und Processrechts auf das Geldinteresse hat dann stillschweigend das etwa hier und da auftauchende Bedürfniss nach einem Mittel, die Naturalerfüllung als solche zu sichern, unterdrückt.

---

[1]) Dagegen war allerdings das Interesse an *rechtzeitiger* Erfüllung von Rechts wegen anerkannt. Das Zeitinteresse an der Erfüllung einer geldwerthen Leistung gehört nicht den immateriellen Interessen an. Wenn es sich um ein speziell *gesteigertes* Zeitinteresse, das an die Lieferung intra statuta tempora geknüpft wäre, handeln sollte, so liegt ein Grenzfall vor. Bei gewöhnlicher Abschätzung des Interesses wird auch der Zeitwerth berücksichtigt, es liegt aber auf der Hand, dass, wenn dieser Werth im einzelnen Falle ein ausserordentlich hoher ist, der Gläubiger auf dessen volle Berücksichtigung in iudicio nicht mit Sicherheit rechnen kann, und daher wird eine Strafe stipulirt. Beispiele bieten l. 47 D. de act. empt. 19. 1, l. 113 pr. D. de V. O. 45. 1. Die Willkürlichkeit, die in dieser Anwendung der Conventionalstrafe zu liegen scheint, kann in der That nur ein Schein sein. Das gesteigerte Zeitinteresse schlägt in ein immaterielles Interesse um und bedarf insofern der Sicherung durch die Privatdisposition.

Zu einem anderen Ergebnisse gelangt man freilich, wenn man in Erwägung zieht, dass die oben besprochenen Hauptanwendungsfälle der Conventionalstrafe Rechtsgebilde darstellen, hinsichtlich deren die Naturalerfüllung vom Standpunkte der Parteien, wie von dem der Rechtsordnung *einen besonderen Werth* hat. Wenn eine Gebundenheit von schwachem Charakter vorliegt, dann muss, eben weil dies der Fall ist, die Naturalerfüllung für den Gläubiger von grösserem Gewicht sein als sonst. Allein dass die Naturalerfüllung als ein selbständiges Fundament der Conventionalstrafe in ihrer typischen Function gegolten habe, lässt sich u. E. nicht feststellen.

Kap. III.

Ergebnisse.

§ 1.

Die Schwäche des Fundaments und die Bedeutung der Privatdisposition im engeren Sinne.

Wir schliessen hiermit den Kreis der durch eine Conventionalstrafe gesicherten Verkehrsgebilde des römischen Rechtes ab. Auf Vollständigkeit kann die Darstellung der typischen Fundamente der Conventionalstrafe nicht Anspruch machen. Das Ergebniss unserer Erörterungen dürfte aber hinreichen, um den Satz zu rechtfertigen, dass das Fundament der Conventionalstrafe einerseits immer von dem Begriffe der Bedingung unterschieden werden muss, andererseits weder mit den gültigen Obligationen zusammenfällt, noch, insofern es sich über ein weiteres Gebiet erstreckt, mit den ungültigen Obligationen an sich etwas gemeinsam hat. Zweckmässiger Weise kann das Fundament als eine obligatorische Gebundenheit von schwachem Charakter — mag sie nun zur Noth ohne Conventionalstrafe realisirt werden können oder nicht — bezeichnet werden. Die Anerkennung solcher Mittelbegriffe widerstrebt der heutigen an der Dogmatik des Rechts geschulten Denkweise, ist aber nicht zu umgehen, wenn die geschichtliche Entwickelung zu ihrem Rechte kommen, bezw. zu etwas Anderem als zu einem Aneinanderreihen von verschiedenen Stufen der Dogmatik

werden soll. Der Begriff einer schwachen Obligation ist ein Seitenstück zu der jetzt geläufigen Vorstellung eines im Werden begriffenen subjectiven Rechts: was von dem Einzelfalle gilt, wird auf den Typus angewendet. Die schwache Obligation in unserem Sinne ist ein im Werden begriffener Obligationstypus. Wenn es aber feststeht, dass die Legaldisposition die Rechtsgebilde, welche als die typischen Fundamente der Conventionalstrafe erscheinen, nicht zu voller „Sicherheit" ausgeprägt hat, so ist dadurch auch das begriffliche Correlat hierzu, die Anerkennung der Privatdisposition im engeren Sinne, erhärtet. Die Fundamente der Conventionalstrafe stellen regelmässig solche Privatdispositionen dar. Sodann ist die Conventionalstrafe, als ein Mittel für die Sicherung dieser Privatdispositionen, selbst eine Privatdisposition und zwar nicht nur im engeren, sondern auch in einem besonderen Sinne, was wir oben Privatdisposition im engeren und *formalen* Sinne genannt haben. Für die Erläuterung der Privatdisposition im engeren Sinne wird es zweckmässig sein, den Ausgangspunkt von der Conventionalstrafe zu nehmen. —

Keine Privatdisposition kann die Wirkung haben, dass Rechtsfolgen, die von dem objectiven Rechte schlechthin nicht anerkannt worden sind, hervorgebracht werden könnten. Aber zunächst ist denkbar, dass die Thätigkeit der Einzelnen in Bezug auf die Herstellung rechtlich relevanter Thatbestände nicht dabei stehen bleibt, die Momente, welche die Rechtsordnung als Minima fordert und die als solche zur Noth genügen könnten, herbeizuführen, sondern darüber hinaus, um die Rechtswirkungen zu sichern, einen Thatbestand hinzufügt, dessen unmittelbare Rechtswirkung — die Sicherung — mit der normalen Wirkung der Rechtsordnung, etwa der Sicherung gewisser Lebensbedingungen, concurrirt. Der Einzelne wird hierdurch zum Gesetzgeber, insofern er ein Ergebniss zu Stande bringt, das dem Resultat der Gesetzgebung analog ist. Dass die Rechtsordnung das Sicherungsmittel in den Händen der Parteien gelassen hat, ist richtig; aber nicht auf die abstracte Möglichkeit seiner Anwendung, sondern auf den Gebrauch, den der Einzelne, bezw. das Verkehrsleben von ihm macht, kommt es bei näherer Betrachtung an. In abstracto beruht

die Conventionalstrafe ebenso wie die sonstigen, durch Parteiwillen ins Leben gerufenen Rechtsgebilde auf der Anerkennung der Rechtsordnung, in concreto aber erscheint die Anwendung der Conventionalstrafe als ein Complement zu dem Rechtsschutze, den die Rechtsordnung an sich hervorbringt. Von hier aus ist aber ein Schritt weiter zu gehen und auf den Zusammenhang hinzuweisen, welcher zwischen den beiden Arten der Privatdisposition im engeren Sinne besteht. Wenn die Conventionalstrafe ein derartiges Complement ist, dass sie den schwachen Rechtsgebilden eine Stütze gewährt, so wird man nicht umhin können, zu gestehen, dass das Fundament, das durch Hinzufügung der Strafe zu einer Norm im Binding-schen Sinne wird, nunmehr in irgend einem Grade von der ihm durch die Rechtsordnung an sich zukommenden Anerkennung unabhängig wird: die Norm ruht jetzt auf einer selbstständigen Grundlage und drängt nach Anerkennung kraft der beigefügten Strafsanction. Wenn dem aber so ist, dann braucht man sich nur die Anerkennung, welche das Fundament an sich von der Rechtsordnung geniesst, auf ein Minimum reduzirt zu denken, um zu dem reinen Begriffe der Privatdisposition, wie sie hinsichtlich der Fundamente der Strafe besteht, zu gelangen. Es wird dann verständlich, dass der Einzelne auch materielles Recht machen kann, wie der Gesetzgeber. Sollte gleichwohl diese Zusammenstellung auffallend erscheinen, so wäre etwa noch auf den durchaus relativen Sinn hinzuweisen, in welchem die gesetzgebenden, bezw. rechtsbildenden Mächte, wie sie gewöhnlich vorgestellt werden, schöpferisch sind. Wenn zugegeben wird, dass die Gesetze der Regel nach aus den Gewohnheiten hervorgehen, so ist hinzuzufügen, dass diese regelmässig nicht dem Volksgeist entspringen, sondern gerade dem werkthätigen Handel und Wandel der Einzelnen ihre Entstehung verdanken.

§ 2.

Controversen innerhalb der Lehre von der Conventionalstrafe.

Von der hier verfochtenen Anschauung aus, die dem Fundament der Conventionalstrafe in typischen Anwendungsfällen den Charakter eines schwachen Verkehrsgebildes giebt, und

dementsprechend die Hinzufügung einer Strafe als ein Product der mehrerwähnten Privatdisposition ansieht, mag in aller Kürze an zwei in der gemeinrechtlichen Litteratur früher vielfach behandelte Streitfragen innerhalb der Lehre von der Conventionalstrafe erinnert werden. Diese Controversen sind hier nicht näher zu erörtern, nur soll der Zusammenhang derselben mit der Frage nach der Natur des Fundaments der Strafe angedeutet werden. Uns interessirt eigentlich nur das blosse Dasein jener Controversen, weil sie auf die zwitterhafte Natur der Conventionalstrafe hinweisen, nicht die Versuche zu ihrer Ausgleichung, welche von den römischen Juristen wie von den Neueren gemacht worden sind.

Es ist zunächst die Frage nach dem Verhältniss zwischen dem Strafanspruch und der Klage aus dem Hauptcontracte, wenn ein solcher besteht, bezw. aus dem sonstigen Fundamente der Strafe. Können die beiden Fragen cumulativ geltend gemacht werden oder nur alternativ? Oder aber soll eine Quasinovatio, die nur eine Klage auf die poena übrig lässt, angenommen werden? Die herrschende Ansicht stellt die Entscheidung auf die Willensinterpretation[1]). Dies mag für das heutige Recht richtig sein, aber jedenfalls muss auch jetzt eine Entscheidung für den Fall, dass der Parteiwille keinen bestimmten Ausdruck gefunden hat, getroffen werden: es muss entschieden werden, was im Zweifel als gewollt anzunehmen ist. Nach der herrschenden Ansicht ist dies für das neuere Recht die alternative Haftung, mit der Massgabe, dass, wenn Eines gefordert ist, der Mehrbetrag des Anderen nachgefordert werden darf[2]). Nach Wendt aber scheint das im Zweifel Anzunehmende des Strafcharakters der poena wegen die cumulative Haftung zu sein[3]). Streng genommen kann jedoch nach Wendt über den Sinn des Strafvertrages gar kein Zweifel entstehen; dieser Sinn sei immer und überall derselbe: die (im Verhältniss zu der Interesseleistung selbständige) Strafzufügung; wohl aber könne es zweifelhaft sein, ob in concreto

[1]) *Windscheid*, Pand. II § 285 Nr. 4.

[2]) *Windscheid*, Pand. II § 285 Anm. 15.

[3]) *Wendt*, a. a. O. S. 412. In dieser Weise ist die *Wendt*'sche Darstellung von *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte II S. 720 aufgefasst.

ein Vertrag, der sich äusserlich als ein Strafvertrag charakterisire, in der That ein solcher sei. Dass diese Wendung weniger befriedigt, ist früher bemerkt worden. Eigentlich ist es auch nicht ersichtlich, inwieweit die Wendt'sche Auffassung auf die hier vorliegende Frage einwirkt [1]). Nach den Quellen liegt die Sache bekanntlich nicht einfach. Es laufen zwei Gedankenreihen neben einander her, von denen die eine der Auffassung, die den Strafcontract unter Umständen als einen bedingten Vertrag beurtheilt, die andere der Anschauung, welche der Conventionalstrafe ein Fundament von materiellem Gehalt zu Grunde legt, entspricht. Einmal scheint es nämlich, als ob das Verhältniss zwischen den Klagen von der formalen Abfassung der Pönalstipulation abhängig wäre. Die l. 44 § 5 D. de obl. et act. 44. 7 giebt die hierhergehörige typische Formulirung:

> Si ita stipulatus sim: ‚si fundum non dederis, centum dare spondes'? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

Hier spricht die herrschende Ansicht von einem bedingten Vertrag [2]). Dies ist freilich u. E. unrichtig, aber es ist zuzugeben, dass im römischen Recht bei der in älterer Zeit herrschenden Wortinterpretation keine andere Klage als die auf poena entstehen konnte. Dagegen muss u. E. schon hier von einer alternativen *Haftung* gesprochen werden, insofern nicht verneint werden kann, dass die Strafdrohung die Norm, bezw. die Gebundenheit schafft. Diese Haftung beruht aber nach ihrem materiellen Gehalt nicht auf der Strafsatzung, sondern ist ein Verkehrsgebilde von schwachem Charakter. Die Erfüllung ist eine Erfüllung geschuldeter Leistung, obwohl, wie früher hervorgehoben, diese „Schuld" weder in einer civilen noch in einer naturalen Obligation, wie diese Begriffe nach den Quellen erscheinen, begründet ist. In der l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1 bespricht dann Papinianus die verschiedenen Formulirungen und berichtet von den verschiedenen Ansichten, die zunächst den Zeitpunkt für den Verfall der Strafe betreffen, mittelbar aber auch die hier aufgeworfene Frage streifen. Demgemäss

[1]) Vgl. oben S. 5.

[2]) *Windscheid*, Pand. II § 286.

hatte Pegasus die eben genannte Auffassung, und war zu derselben ersichtlich durch die Annahme eines bedingten Vertrages in gewöhnlichem Sinne veranlasst. Sabinus ist zu einer anderen Auffassung gekommen, und zwar ex sententia contrahentium. Sabinus hat dieselbe Fassung der Stipulation vor Augen wie Pegasus, vertheidigt aber seine abweichende Ansicht über den Zeitpunkt für den Verfall der Strafe exemplo penus legatae, wie sie von Mucius aufgefasst wurde. Bemerkenswerth ist die Motivirung dieser Auffassung: idque utilitatis causa receptum est, ob defuncti voluntatem, et ipsius rei naturam. Der Schwerpunkt liegt auf dem ob defuncti voluntatem, dem das ex sententia contrahentium des Sabinus entspricht. Der rechtsgeschäftliche Wille soll entscheiden, nicht die Wortinterpretation. Hier ist also die Ansicht, welche auf den materiellen Inhalt des Fundaments das entscheidende Gewicht legt, zum vorläufigen Durchbruch gekommen. Sabinus setzt stillschweigend voraus, dass die Pönalstipulation sich an ein Geschäft von materiellem Gehalt anschliesst. Dass der Inhalt durch die Pönalstipulation novirt wird, ist nicht gesagt. Es liegt auf der Hand, dass auch hier eine alternative *Haftung* im obigen Sinne anzunehmen ist; ob Sabinus eine *Klage* auf die Hauptleistung als zulässig erachtet hat, mag dahingestellt bleiben. Papinianus aber will nicht so leicht über die verba der Stipulation hinwegschreiten: wenn die stipulatio so concipirt ist ‚si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?', dann soll es bei der Auffassung des Pegasus sein Bewenden haben. Wenn aber die stipulatio non a condicione coepit, veluti . . . . . ‚Pamphilum dari spondes, si non dederis tantum dari spondes?', dann wird die Ansicht des Sabinus gebilligt, und zwar werden bei der so gefassten Stipulation noch zwei Fälle unterschieden, je nachdem eine alternative oder eine cumulative Haftung gewollt ist. Also wird einerseits mit der Aufstellung einer neuen Form für die Pönalstipulation über die Voraussetzung des Sabinus hinausgegangen: erst diese Form hat die Möglichkeit einer cumulativen Haftung in diesem Falle aufkommen lassen. Andererseits ist jedoch dem Sabinus gegenüber die Form der Stipulation als massgebend für die Klagen behandelt und zwar so, dass

die einfache Formulirung ‚si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes' nur in einer Weise ausgelegt werden darf. Auch hier, bei der zusammengesetzten Form der Pönalstipulation, verneint die herrschende Ansicht das alternative Klagerecht [1]). Insofern bei der cumulativen Haftung auch die Klagen cumulirt werden können, muss dies als auffällig bezeichnet werden. Diese Frage ist indessen für uns von keinem grösseren Interesse. Es kommt bei ihrer Beantwortung alles auf die Ansicht über den Zeitpunkt für den Beginn der sinkenden Bedeutung der Stipulation als Geschäftsform an, worüber hier selbstredend nicht zu handeln ist. Dagegen ist es u. E. dringend nöthig, an der jedenfalls bestehenden alternativen *Haftung* festzuhalten, denn nur dadurch gewinnt man für die ganze Lehre den richtigen Gesichtspunkt.

Schliesslich ist in den Quellen die Auffassung vertreten, welche bei der zusammengesetzten Form der Pönalstipulation eine *successive* Haftung annimmt. Sie findet sich bei Paulus.

> L. 44 § 6 de obl. et act. 44. 7: Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.

Es wird ein Zwischending zwischen der Selbständigkeit der Hauptobligation (das in obligatione esse des facere) und ihrer Unselbständigkeit (das nur in solutione esse) derartig statuirt, dass die Leistung navem fieri anfangs in obligatione sein soll, durch die Nichtleistung aber, oder durch mora solvendi — worauf hier nichts ankommt — in die Stellung eines in solutione esse übergeht, um schliesslich nach der litis contestatio auch diesen Platz zu verlieren, l. 84 D. de V. O. 45. 1. Stellt man sich auf den Standpunkt der Willensinterpretation, so wird die Möglichkeit einer derartigen Parteiintention nicht geleugnet werden können. Auch das practische Ergebniss wird ja in diesem Falle das gleiche, wie dasjenige, welches von den

---

[1]) *Karlowa* a. a. O. S. 722.

übrigen römischen Juristen, wie sie die herrschende Ansicht versteht, behauptet worden ist.

Es liegt auf der Hand, dass diese verschiedenen Ansichten der Juristen ihren letzten Grund in der Verschiedenheit des Fundamentes der Conventionalstrafe haben. Allein es ist nöthig, darauf Gewicht zu legen, dass die innerhalb des Fundamentes stattfindenden Verschiedenheiten sich sozusagen für eine Betrachtung von Innen heraus nicht als generische, sondern ganz wesentlich als nur graduelle Unterschiede herausstellen. Je schwächer das Fundament, um so reiner tritt die Strafe hervor: sie ist dann die einzige Rechtsfolge. Die Schwäche des Fundaments aber beruht nach einer Seite hin auf der Form: wenn die Hauptobligation weder stipulirt worden ist, noch sonst in erkennbarer Weise hervortritt, so wird von dem Dasein derselben ganz abgesehen, und dann kann nur die Strafe gefordert werden. Dasselbe muss für den Fall der feststehenden Ungültigkeit des Hauptvertrages behauptet werden. Je stärker dagegen das Fundament an sich ist, um so mehr wird die Strafe ihre selbständige Bedeutung einbüssen; sie wird in erster Linie hinzugefügt, um das Interesse aus der Hauptobligation zu fixiren. Es steht daher dem Gläubiger die Wahl zwischen den beiden Klagen zu. Nach der herrschenden Ansicht ist dies der Fall, wenn das Fundament eine materielle causa debendi enthält (z. B. l. 71 pr. D. pro socio 17. 2, l. 28 D. de act. empt. 19. 1). Je stärker das Fundament entwickelt ist, um so mehr sinkt der Verkehrswerth der Conventionalstrafe. Der pönale Charakter wird abgeschwächt und die Willkürlichkeit der Anwendung gesteigert. Sodann kann in diesem Falle ausnahmsweise die cumulative Haftung gewollt sein, und dabei muss es dann sein Bewenden haben. Das alternative Klagerecht hat noch den Sinn, dass das Interesse aus der Hauptobligation von den Parteien nicht für gesichert angesehen wird. Die cumulative Haftung dagegen, die in den Quellen wenig hervortritt, bedeutet, dass nicht einmal die Interessefixirung Verkehrsbedürfniss war. Das Fundament erscheint auch nach dieser Richtung hin durch sich selbst gesichert. Demgemäss ist bei der cumulativen Haftung der Verkehrswerth der Conventionalstrafe nur ausnahmsweise zu behaupten. Völlig auf-

gehoben wird er nicht, denn die Sicherung kann sich auf derartiges beziehen, was in actionem non venit oder nicht mit genügender Sicherheit hinein fällt. —

Die zweite hier einschlägige Streitfrage betrifft die Entscheidungen der Quellen über die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe. Auch hier hängt nach der herrschenden Ansicht fast Alles von der Willensinterpretation ab [1]). In der That gehen jene Entscheidungen in einer Weise auseinander, die auf die zwitterhafte Natur des Rechtsgebildes, bezw. auf die Verschiedenheiten des Fundaments hinweist. Einerseits geht die durch den Strafvertrag geschaffene Norm nicht über die durch das Fundament schon bewirkte rechtliche Gebundenheit hinaus: die Strafe ist nur verwirkt, wenn diese Gebundenheit an sich hätte realisirt werden können. Wenn das Fundament der Strafe ein klagbarer Vertrag ist, so sollte demgemäss die Verwirkung der Strafe eine gewöhnliche mora aus der aus diesem Vertrage entstandenen Obligation voraussetzen. Diese Auffassung ist in den Quellen anerkannt. Vgl. z. B. l. 21 § 9 D. de recept. 4. 8, l. 69 D. de V. O. 45. 1. Nach dieser Seite hin darf also auch nicht angenommen werden, dass die Conventionalstrafe „die Verbindlichkeit dem Einfluss gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe“ entzieht [2]). Alles dies entspricht dem oben hervorgehobenen Gesichtspunkt, nach welchem eine Obligation — freilich ausnahmsweise selbst eine ungültige — das Fundament der Strafe ausmacht. Andererseits kann die Tendenz des Strafvertrages einen Schritt weiter gehen, als ein unabhängig von diesem Vertrage schon bestehendes Fundament an die Hand giebt. Der Strafantrag bezweckt die Sicherung der Quasiobligation, bezw. der Hauptobligation, wenn eine solche besteht, und kann, um dieses Ziel zu erreichen, ein zweites Fundament der Strafe schaffen. Wenn der Strafvertrag von einer Parteidisposition im engeren Sinne ausgeht, so ist der Verfall der Strafe an die Voraussetzungen für eine Klage aus der Hauptobligation nicht gebunden. Der strafrechtliche Schutz eines obligatorischen Rechtsgebildes kann in dieser Weise über den civilen Schutz, wenn ein solcher besteht, hinaus-

[1]) *Windscheid*, Pand. II § 285 Nr. 1.

[2]) *Windscheid*, Pand. II § 285 Anm. 9.

gehen [1]). Daher können hinsichtlich des Zeitpunktes für den Verfall der Strafe besondere Regeln aufgestellt werden, wie dies von der herrschenden Theorie geschieht [2]). Dadurch erklären sich auch die vielbesprochenen Stellen l. 77 D. de V. O. 45. 1, l. 9 D. de naut. faen. 22. 2, l. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Materiell liegt hier ein Garantievertrag vor, der von den Parteien in die Form eines Strafvertrages gekleidet wird. Er wird aber auch von Rechts wegen als Strafvertrag aufrechterhalten, was freilich nur, wenn man in dem Strafvertrag eine Privatdisposition in unserem Sinne erblickt, verständlich wird. Die Parteien können kriminelles Unrecht in einem Falle statuiren, wo ein solches nach dem objectiven Recht nicht möglich ist. Der rationalistische Einwand, eine Strafe müsse doch wenigstens eine culpa voraussetzen, wird nur durch die Annahme einer Privatdisposition hinfällig. Dass auch hier die Kategorie des bedingten Vertrages herangezogen worden ist, ist erklärlich [3]), und es soll nicht bestritten werden, dass dieser Gesichtspunkt auch für die römischen Juristen insofern massgebend gewesen ist, als er die Entscheidungen ermöglicht, bezw. vermittelt hat. Im letzten Grunde gehen jedoch die Controversen über die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe auf den graduellen Unterschied in Bezug auf das Verhältniss zwischen dem Fundament und dem Sicherungsvertrag zurück. Je stärker das Fundament an sich ist, um so mehr wird schon das Recht, welches dadurch gegeben ist, im Zweifel über die Voraussetzungen für den Verfall der Strafe entscheiden. Wo aber das Fundament ein weniger ausgeprägtes Rechtsverhältniss darstellt, da wird die Entscheidung zunächst mehr auf die verba der Pönalstipulation gestellt werden müssen, einfach weil kein anderer Anhaltspunkt da ist. Der Unterschied in der formalen Abfassung macht sich auch hier geltend: wo in der formalen Fassung das Fundament der Strafe selbstständig zum Vorschein kommt, ist die Auslegung des Geschäftswillens im ersteren Sinne angezeigt, wo die Fassung ‚si Pam-

[1]) Vgl. *Karlowa*, a. a. O. S. 721, *Windscheid*, Pand. II § 285 Anm. 10.
[2]) *Windscheid*, Pand. II § 285 Nr. 1, 3.
[3]) Vgl. neuerdings *Matthiass*, a. a. O. S. 113ff.

philum non dederis, tantum dare spondes?" angewendet ist, da führt die Auslegung dahin, dass nur auf die verba der Stipulation gesehen wird. Liegt ferner ein materielles Geschäft als Fundament der Strafe vor, so ist an sich die Auslegung in ersterem Sinne angezeigt, mit der Massgabe jedoch, dass, wenn ein weitergehender Schutz beabsichtigt ist, es dabei sein Bewenden haben muss. —

Die grosse Ausdehnung, welche die heutige Theorie der Willensinterpretation hinsichtlich der beiden besprochenen Fragen giebt, muss gerechtfertigt erscheinen. Verschiedene Umstände, auf die hier nicht näher einzugehen ist, haben zu der Entstehung dieses Rechtszustandes beigetragen. Wir nennen beispielsweise den Wegfall der Stipulation und das Aufkommen des Dogma von der schrankenlosen Klagbarkeit der Verträge. Auf der anderen Seite hat dies aber eine entsprechende Minderung der practischen Bedeutung der Conventionalstrafe verursacht. U. E. muss zugegeben werden, dass die heutige Theorie im grossen Ganzen das richtige getroffen hat, wenn sie die Function der Conventionalstrafe als gewillkürte Veranschlagung des Interesses wegen Nichterfüllung angiebt. Die Einwände, welche Wendt erhoben hat, sind heutzutage nur ausnahmsweise und für ein verhältnissmässig kleines Gebiet der Anwendung jener Strafe gerechtfertigt. Es wäre etwa auf die Sicherung von immateriellen Interessen hinzuweisen. Innerhalb des reinen römischen Rechts aber liegt die Sache u. E. anders. Vor Allem steht hier der Verkehrswerth der Conventionalstrafe ausser Zweifel. Durch die Mannigfaltigkeit der Fundamente im römischen Recht und ihre innerlichen Verschiedenheiten in Bezug auf die Stärke ihrer juristischen Wirkung ist hier ein Verkehrswerth der Conventionalstrafe gesichert. Im heutigen Recht kommt nur in Betracht der „Vertrag", der wenigstens dem Anschein nach immer und überall dieselbe Stärke und Sicherheit besitzt, und daher keinen Raum für Erörterungen, wie die vorstehenden, zu lassen scheint. Wenn aber der Verkehrswerth der römischen Conventionalstrafe dahin festzustellen ist, dass sie den an sich schwachen Verkehrsgebilden eine Stütze gewährt, so liegt es auf der Hand, dass die Fixirung des Interesses nur ein Moment in

dem Zwecke des Strafvertrages sein kann. Der pönale Charakter des Sicherungsmittels scheint hiernach erhärtet.

§ 3.

Schlussbemerkung.

Es erübrigt sich, auf den weiteren geschichtlichen Zusammenhang, in welchem die Conventionalstrafe als Sicherungsmittel obligatorischer und quasiobligatorischer Gebundenheiten ein Glied bildet, einen Blick zu werfen. Dass die Sicherung gerade in der Form einer Strafe hervortritt, steht in einem inneren Zusammenhang mit dem Ursprung vieler Geschäftsobligationen aus delictischen Thatbeständen, einem Ursprung, dessen Spuren in den römischen Quellen bekanntlich von Jhering nachgewiesen worden sind[1]). Diese Spuren lassen den Schluss auf einen Rechtszustand zu, dessen „Rechtsgeschäfte" vorwiegend durch Strafen sanctionirt waren. Ein Rechtszustand, wo das einzige Schutzmittel eines obligationenähnlichen Rechtsgebildes eine gesetzliche Strafe ist, bildet den geschichtlichen Hintergrund für die Anwendung der Conventionalstrafe. Die typischen Anwendungsfälle der Conventionalstrafe stellen den Uebergang zwischen jenem Rechtszustande und dem in den Quellen herrschenden dar, in welchem die obligatorischen Ansprüche, welche von dem objectiven Recht überhaupt anerkannt sind, direct durch reipersecutorische Actionen geschützt werden. Der geschichtliche Vorgang, durch welchen die Parteidisposition an die Stelle der gesetzlichen Strafdisposition getreten ist, entzieht sich jedoch im Einzelnen jeder Untersuchung. Es kann auch nicht constatirt werden, dass gerade die Verkehrsgebilde, von welchen wir wissen oder vermuthen, dass sie auf einer früheren Entwickelungsstufe durch eine gesetzliche Strafdisposition geschützt waren, später vorzugsweise die Anwendungsfälle der Conventionalstrafen ausmachten. Die besonderen Fälle, auf welche Jhering aufmerksam gemacht hat, kehren also in der Regel bei einer Untersuchung der hauptsächlichen Anwendungsfälle der Conventionalstrafe nicht wieder. Allein den beiden

[1]) *Jhering*, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Giessen 1867.

Gruppen ist ein charakteristisches Merkmal gemeinsam: der Inhalt jener wie dieser Obligationen und Quasiobligationen besteht der Regel nach in einem facere, dessen Klagbarkeit dem älteren römischen Rechte widerstrebte. Wenn zur Erklärung der Function der Conventionalstrafe auf die in dem alten Rechte enthaltenen gesetzlichen Strafen wegen Verletzung obligatorischer Rechte hingewiesen wird, so scheint uns dies durch jenen Umstand zur Genüge gerechtfertigt zu sein. — Wie schon von Anderen vielfach hervorgehoben, lässt sich der Gedanke von einem Rechtszustand, wo die obligatorischen Rechte überwiegend durch eine gesetzliche Strafsanction geschützt sind, auch innerhalb des germanischen Rechtes verfolgen[1]). Sodann hat die vergleichende Rechtswissenschaft Anhaltspunkte nachgewiesen, kraft deren ein solcher Rechtszustand als ein universalgeschichtlicher bezeichnet werden kann[2]).

Universalgeschichtlich ist auch die Abwechselung von Legal- und Privatdisposition hinsichtlich der Strafsatzung. Bisweilen ist der Uebergang, wie vielfach im römischen Recht durch Judicialdisposition vermittelt. Wenn daher eine poena auf einer früheren Entwickelungsstufe von Rechts wegen zum Schutze einer Obligation oder Quasiobligation angedroht wird, so ist es ein natürlicher Entwickelungsgang, dass später, wenn die Nichterfüllung der Obligation nicht in demselben Grade als Delict erscheint, dennoch dieselbe Rechtsfolge kraft der Parteidisposition eintreten kann. Innerhalb der altgermanischen Rechte lässt sich dieser Gedanke auf das deutlichste verfolgen. Diese Fungibilität der rechtsetzenden Potenzen hat aber ihre Grenze, die freilich weiter oder enger gezogen werden kann. Im altgermanischen Recht stehen sie in Bezug auf die Festsetzung von Rechtsfolgen, die als Strafen bezeichnet werden können, einander beinahe gleich. Anders im römischen Rechte: hier ist das Verhältniss zwischen den drei verschiedenen Dispositionen zunächst dies, dass die Legaldisposition erstens durch die prätorische Rechtsbildung, als eine Quasijudicialdisposition, dann

---

[1]) Vgl. z. B. *Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts II S. 231.

[2]) *Kohler*, Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft III S. 162 ff.

durch das officium judicis supplirt wird, und schliesslich die so geschaffenen Rechtsgebilde durch die Parteidispositionen im engeren Sinne ergänzt werden. Allein dies anscheinend rationelle Verhältniss wird im Flusse der geschichtlichen Entwickelung vielfach getrübt. Der Prätor kann zunächst nicht jus facere, aber er kann das jus „corrigiren", d. h. dem Erfolge nach umgestalten. In derselben Weise scheint es zunächst unerhört, dass der Einzelne Recht schaffen können sollte, aber dennoch ist dies vielfach geschehen. Ebenso wie der Prätor ein Verfahren, das nach dem jus civile straflos war, mit einer Strafe belegen konnte, in derselben Weise konnten auch die Parteien eine Strafe verabreden, wo weder die lex noch der Prätor ein Delict definirt hatten. Dass diese Möglichkeit in ziemlich engen Schranken gehalten worden ist und bei einem entwickelten Rechts- und Culturzustand gehalten werden muss, liegt auf der Hand. Allein es darf nicht übersehen werden, dass die Parteien durch die Benutzung dieser Möglichkeit vielfach zu der Entstehung neuer Rechtsgebilde das Ihrige beigetragen haben. Ob die Parteien mit Hilfe der Conventionalstrafe ihre Geschäftsintentionen auch im Processwege durchsetzen können, kann nur zum Theil davon abhängen, ob sie die von der Legaldisposition gesteckten Grenzen eingehalten haben, denn diese Grenzen sind keineswegs immer scharf gezogen. Aber auch auf diese Realisirung kommt es zunächst weniger an, als darauf, dass die Verabredung ein Quasirecht zwischen den Parteien im friedlichen Verkehr bewirken kann und thatsächlich bewirkt. Als wesentliche Bedingung für irgend welche Wirkung jener Vereinbarungen erscheint nun im römischen wie im heutigen Recht eben der Umstand, dass die betreffenden Rechtsfolgen von den Parteien *vereinbart* sind. Aber es versteht sich von selbst, dass diese Begründung eine ziemlich schwache ist, weil ja eine gerechte Rechtsbildung bei den Privatdispositionen keineswegs schon durch Anwendung des Vertragstypus gesichert ist. Es giebt daher keinen inneren Grund, warum die Parteidisposition nur durch das Mittel der *Verträge* irgend eine Wirksamkeit bekommen sollte. Auch der *einseitigen* Parteidisposition ist nicht jede Wirksamkeit abzusprechen. Das poenae nomine relictum und die Sepulcralmulten liefern Beispiele einer derartigen Privat-

disposition[1]). Weitere Beispiele aber giebt es aus dem römischen Rechte, insofern es sich um Strafdispositionen handelt, nicht, wohl aber in dem altgermanischen Rechte, wie die Strafklauseln der fränkischen Urkunden beweisen. Immerhin ist hervorzuheben, dass die Realisirung derartiger Rechtsgebilde — sei es durch Gericht oder freiwillig — durch den rationalistischen Einwand, der Einzelne werde zum Gesetzgeber gemacht, nicht verhindert wird.

[1]) Die Sepulcralmulten sind nicht auf gesetzliche Normen zurückzuführen. Siehe *J. Merkel*, Ueber die sog. Sepulcralmulten (in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Rudolf v. Jhering. Abh. 3). S. 114 ff.

II.

Die Strafklauseln der fränkischen Urkunden.

Kap. I.

Die Anknüpfung des südgermanischen Strafgedinges an das römische Recht.

Es darf jetzt als festgestellt erachtet werden, dass mit dem Urkundenwesen auch die römischen Conventionalstrafen dem älteren germanischen Rechte überliefert worden sind[1]). Ein Strafgeding, das äusserlich wie innerlich der römischen Conventionalstrafe ähnlich ist, findet sich z. B. in den langobardischen Urkunden und zwar derartig regelmässig, dass das Vorkommen typisch erscheint und demgemäss Ursachen von einer allgemeineren Tragweite haben muss[2]). Nach dem, was wir oben nachzuweisen versucht haben, ist die typische Anwendung einer Conventionalstrafe in der Schwäche der Legaldisposition begründet, die dem Rechtsgeschäft, welches das Fundament der Strafe ausmacht, nicht völlig zweifellose Rechtswirkungen verliehen hat. Hier ist das Fundament der Strafe ein Rechtsgeschäft, über welches eine Urkunde ausgestellt worden

---

[1]) *Löning*, Der Vertragsbruch S. 535 ff., wo auch die ältere Litteratur angeführt wird (S. 536 Anm. 3).

[2]) Siehe ausser den von *Löning* angeführten Urkundensammlungen z. B. *Cod. Cavensis* Tom. I Nr. 2—9, 11—16, 20—24, 26—35, 37, 39—54, 56—59, 61—63, 65, 66, 68, 69, 71, 73, 74, 76—78, 82—84, 86—91, 93, 95—100, 102—104, 108, 109, 113, 118, 119, 121—124, 126—129, 132—134, 136, 137, 140—145, 147, 148, 150, 151, 153, 156, 159, 160, 162—165, 167—173, 175, 178, 182—185, 187—192, 194—201, 204—209. Tom. II Nr. 211—215, 217—219, 221, 224, 225, 228, 231—234, 236, 237, 239, 240—250 u. s. w.

Codex Cajetanus Tom. I Nr. 1, 5, 8, 12, 14, 15, 17, 18, 20—22, 24—27, 29, 40, 50, 53, 57, 58, 60, 62, 64, 70, 71, 75—77, 79, 82, 83, 85—88, 90—92, 94, 95, 99, 100, 104—106, 109, 112, 114—119, 125, 127, 130, 132, 134—137, 139, 142, 145, 149, 158, 163, 164, 167, 169, 170, 172—174, 178, 181.

ist, bezw. ein Rechtsgeschäft, das in der Abfassung einer Urkunde und deren Begebung besteht. Das Motiv für die Anwendung jenes Sicherungsmittels wäre demgemäss vor allem in dem Urkundenwesen, wie es aus dem römischen Recht herübergekommen war, zu suchen. In der Urkunde selbst ist nach einer dem römischen und dem germanischen Verkehrsleben gemeinsamen Anschauung, die freilich nicht überall juristisch streng begründet ist, zunächst ein *Sicherungsmittel* zu sehen[1]).

[1]) Gegen die in der germanistischen Litteratur gewöhnliche Anwendung des Begriffes der Sicherung (Bestärkung) und verwandter Kategorien wird Einspruch erhoben von ***Franken***, Französisches Pfandrecht I S. 210 ff. Es wird darauf hingewiesen, dass die s. g. Sicherungsmittel in der That Geschäftsformen gewesen sind, die vor allem aus dem ursprünglichen Realcontractstypus erklärt werden müssen. Die Frage hängt innerlich mit der Controverse zusammen, ob das altgermanische Recht formlose Verträge (Consensualverträge) gekannt habe, was von ***Franken*** verneint wird. Dann liegt die Folgerung nahe, dass die gewöhnliche Auffassung über die Sicherung von Verträgen auch darum unrichtig sei, weil sie in der That bei der Annahme von Consensualverträgen stehen geblieben ist. Neuerdings ist die Frage auch von ***Siegel*** gelegentlich einer Untersuchung der Sicherungsmittel des späteren Mittelalters (***Siegel***, Der Handschlag und Eid für ein Versprechen im deutschen Rechtsleben in den Sitzungsberichten d. Wiener Akad. d. Wiss. Phil. hist. Cl. CXXX bes. S. 64 ff.) gestreift worden. Ganz im Sinne ***Franken's*** wird hier aus der Anschauung, dass die verschiedenen Sicherheiten zur ***Bestärkung*** einer Verbindlichkeit dienten, die Folgerung gezogen, dass zu deren Begründung schon das einfache Wort genügt habe (a. a. O. S. 66). Diese Folgerung ist logisch nicht zu umgehen. Es fragt sich aber, ob sie überall streng durchgeführt werden kann. Die Gültigkeit von Consensualverträgen hat *Siegel* für die fränkische Zeit nicht behauptet. Für uns bleibt es dabei, dass in dieser Zeit in den verschiedenen Arten von Sicherheiten Untechnisches — d. h. Geschäftsformen im strengen Sinne — und Technisches — nach der eben citirten Definition von ***Siegel*** — vielfach mit unterlaufen, deren Trennung nicht überall möglich ist. Ganz besonders gilt dies von der Beurkundung von Rechtsgeschäften. Vor allem erblicken die ***Parteien*** in der Anwendung der Schriftform ein Sicherungsmittel, was die Rechtsgeschichte nicht ignoriren darf, wenn sie diese Auffassung auch als eine laienhafte nachweisen könnte. Zur Behauptung der Gültigkeit formloser Verabredungen braucht man natürlich ***hier*** nicht zu gelangen, weil ja hinter der Urkunde ein formales Rechtsgeschäft liegen kann. — Hinsichtlich der Conventionalstrafe aber besteht kein Zweifel. Die Conventionalstrafe kann nicht Geschäftsform sein, sondern muss als blosses Sicherungsmittel bezeichnet werden. Allein

Es könnte daher naheliegend scheinen, in den Ursachen, die die Anwendung der Urkunde als Sicherungsmittel veranlasst haben, auch den Grund für das häufige Vorkommen der Conventionalstrafe zu erblicken. Die Analogie mit dem oben besprochenen Fall, wo die Herabsetzung der römischen Stipulation zu einem blossen Sicherungsmittel die häufigere Anwendung der Conventionalstrafe als zweites — realistisches — Sicherungsmittel zur Folge hatte, liegt hier auf der Hand.

Wenn in der Litteratur die Regelmässigkeit der Schriftform im altgermanischen Recht durch den Hinweis auf die spätrömische Sitte und die grosse Rechtsunsicherheit erklärt wird [1]), so könnte diese Erklärung bei dem inneren Zusammenhang zwischen allen den Mitteln und Auswegen, durch welche die Parteien der Rechtsunsicherheit entgegenzutreten versuchen, auf das überaus häufige Vorkommen der verschiedenen „Be-

---

sogar hier wird gelegentlich auf gegentheilige Verkehrsanschauungen hingedeutet: es wird die Ansicht zurückgewiesen, dass die Hinzufügung einer Strafklausel zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nothwendig sei. Vgl. *Form. Marc.* II Nr. 4: Licet in cessionibus poenam adnecti non sit necesse, sed nobis pro homni firmitate placuit inserendum. Si quis vero, etc. Vgl. ferner *Form. Andec.* Nr. 41, *Form. Bitur.* Nr. 15a, *Form. Turon.* Add. Nr. 1. Dies ist aber ziemlich vereinzelt. In den Urkunden haben wir nur ein einziges Beispiel gefunden: *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille* Nr. 83 (v. J. 781): In cessionibus vero penam non esse necesse; sed tamen penam adnecti inserere placuit: quod si ego aut ullus heredes mei aut ullus de propinquis parentibus meis, vel cujuslibet opposita persona etc. Es wäre etwa noch auf den *Lib. Pap. Karol. M.* 106 (107) expositio § 3 zu verweisen (*Pertz* IV S. 508). Es wird der constante Gebrauch der Strafklausel „in qualibet carta libertatis" zur Zeit des Capitulars hervorgehoben, und wohl in leisem Gegensatze hierzu, der neuere Rechtszustand dahin angegeben, dass derartiges jetzt nicht *verboten* sei: nulla lege adhuc prohibente, quin apponi debeat in omni carta. Vgl. *Lib. Pap. Lud. P.* 5 (6) expositio § 3. Es kann nicht übersehen werden, dass die angeführten Zeugnisse für das Dasein von Verkehrsanschauungen, welche die Hinzufügung einer Strafklausel bei gewissen Rechtsgeschäften als nöthig erachtet haben, ein Seitenstück bilden zu der in den Volksrechten häufig hervortretenden Ansicht, die die Schriftform für gewisse Rechtsgeschäfte als nothwendig erachtet. Wenn sodann die Legalquellen das Erforderniss der Schriftform zurückweisen, so liegt die Analogie auf der Hand.

[1]) Vgl. z. B. *Dahn*, Westgothische Studien S. 68.

stärkungen der Verpflichtung“ [1]), unter welchen wiederum die Conventionalstrafe die erste Stelle einnimmt, zu passen scheinen. Allein in dem einen wie in dem anderen Falle ist mit der einfachen Berufung auf die Rechtsunsicherheit nicht viel gewonnen. Die Rechtsunsicherheit kann Verschiedenes bedeuten, je nachdem wiederum ihre Ursachen entweder ausserhalb oder innerhalb des Rechtslebens liegen. Die Ursachen der Rechtsunsicherheit sind entweder die politischen und socialen Zustände, auf welche die Rechtsgeschichte nur hinweisen kann [2]), die sie aber selbst nicht darstellen darf, oder sie sind die internen Schwächen und Mängel des Rechts, wie sie z. B. in einer die Durchführung der privatrechtlichen Ansprüche nur mangelhaft sichernden Gerichtsorganisation, in mangelhaftem Beweisverfahren, in unentwickelter Execution u. dergl. zum Vorschein kommen. Die innerhalb des Rechtslebens fallenden Ursachen können in dem liegen, was wir jetzt das öffentliche Recht nennen, wie es bei den eben genannten der Fall ist, oder aber in der Structur des *Privatrechts*, kraft welcher innerhalb gewisser Gebiete, bezw. aus gewissen Thatbeständen nur unsicheres oder zweifelhaftes Recht entsteht. Wenn dem so ist, dann kann die Berufung auf die Rechtsunsicherheit zur Erklärung der häufigen Anwendung der Conventionalstrafe nur dann zulässig sein, wenn zugleich nachgewiesen wird, nach welcher Seite hin die Rechtsunsicherheit besteht. Die richtige Methode für diese Untersuchung muss natürlich die sein, welche von der Analyse der *privatrechtlichen* Grundlagen der Conventionalstrafen, d. h. der dem Privatrecht angehörigen Rechtsgeschäfte, welchen die Conventionalstrafen regelmässig hinzugefügt werden, ausgeht und, erst wenn diese Analyse keine Erklärung der Rechtsunsicherheit an die Hand giebt, zu den in dem öffentlichen Recht, bezw. zu den ausserhalb des Rechts liegenden Ursachen jener Unsicherheit ihre Zuflucht nimmt. Für das römische Recht war eine solche Methode von selbst geboten, und wurde höchstens bei

[1]) *Dahn*, a. a. O. S. 98.

[2]) Für die hier in Rede stehende Zeit haben allerdings derartige Ursachen im grossen Umfange zur Entstehung der Rechtsunsicherheit beigetragen. Siehe z. B. *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 207, *Dahn*, a. a. O. S. 99.

den Ausläufern des römischen Rechts im Orient durch einen Hinweis auf Unsicherheiten anderer Art ergänzt. Aber auch in Bezug auf das altgermanische Recht muss, trotz der hier vielfach obwaltenden Abschwächung der Gegensätze zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsunsicherheit, dieselbe Methode der Untersuchung befolgt werden. Es ist also zunächst die Frage aufzuwerfen, ob nicht in dem Charakter des Fundaments der Strafe eine Veranlassung zu der Anwendung der Conventionalstrafe liege. Wenn die Urkundenbegebung nur zweifelhaftes Recht zu schaffen vermag, so ist die Erklärung für das typische Vorkommen jenes Sicherungsmittels in erster Linie durch Anknüpfung an diese Thatsache zu gewinnen.

Dieser Gang der Untersuchung ist auch gewissermassen von Löning, der die hierhergehörigen Erscheinungen am eingehendsten behandelt, thatsächlich beobachtet worden. Der Art und Weise aber, wie die Anknüpfung an das römische Recht dargestellt wird, können wir nicht beitreten. U. E. ist der Zweck und die Function der römischen Conventionalstrafe bei Löning nicht richtig angegeben. Nur sehr uneigentlich kann gesagt werden, dass die Pönalstipulationen theils dazu dienten, „bei Kaufverträgen für den Fall der Eviction oder anderer Verletzungen das Interesse des Käufers zu fixiren (stipulatio duplae), theils den pactis nudis die Klagbarkeit und damit die Rechtskraft überhaupt zu verschaffen“ [1]). Die stipulatio

[1]) *Löning*, a. a. O. S. 536. Wir nehmen im Folgenden nur auf die erste Hälfte des *Löning*'schen Satzes Bezug, weil die zweite für die Erklärung der fränkischen Strafklauseln nicht zu specieller Anwendung kommt. An sich würden aber auch gegen die Rolle, welche *Löning* der Conventionalstrafe bei den nudis pactis zuschreibt, begründete Einwände zu erheben sein. Vor allem muss hervorgehoben werden, dass aus der etwa noch zweifelhaften Stellung der spätklassischen stipulatio zu dem pactum, cui stipulatio subjecta est, noch lange nicht die Folgerung gezogen werden darf, dass der poenae stipulatio eine ähnliche Stellung zukäme. Dass der römischen Conventionalstrafe Geschäftsintentionen, die durch die Schwäche der rechtlichen Wirkung gewisser Thatbestände charakterisirt werden, zu Grunde liegen, haben wir oben nachzuweisen versucht. Dies ist aber etwas ganz Anderes, als wenn sie „den nudis pactis die Klagbarkeit und damit die Rechtskraft überhaupt zu verschaffen“ geeignet, bezw. bestimmt wäre. Die nuda pacta sind keine typischen Fundamente für die Conventionalstrafe. Dass die Conventionalstrafen

duplae wegen Entwehrung ist nicht poenae nomine concepta und darf also nicht mit der stipulatio poenae zusammengeworfen werden. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewähr gehört nicht zu den typischen Fundamenten der römischen Conventionalstrafe. Römischer Anschauung nach wird bei der Eviction einer gekauften Sache die Verpflichtung des Verkäufers als eine nicht erfüllte Verbindlichkeit behandelt (vgl. z. B. l. 3 pr. D. de act. empt. 19. 1), und es tritt daher die gewöhnliche Rechtsfolge der Nichterfüllung, die Verpflichtung zur Leistung des Interesses, ein. Beim Kauf von werthvolleren Gegenständen wurde kraft allgemeiner Verkehrssitte eine stipulatio duplae geschlossen, aber der Strafgedanke, der etwa hierin stecken konnte, tritt sehr wenig hervor, und eine wirkliche poena darf man darin nicht erblicken [1]). Wenn nun die Evictionsklauseln

---

bei formlosen Verabredungen, denen wirkliche Geschäftsintentionen zu Grunde liegen, vorkommen, ist richtig, aber sogar in diesen Fällen ist es nicht richtig zu sagen, dass die pacta durch die Hinzufügung einer Conventionalstrafe klagbar werden. Die Conventionalstrafe hat diese Wirkung niemals: durch die poenae stipulatio wird ja nicht das Fundament der Strafe, sondern der Strafanspruch klagbar. — Dass die nuda pacta im römischen Recht irgend eine Gültigkeit — die dann selbstredend „verstärkt" werden könnte — gehabt hätten, wird auch sonst in der germanistischen Litteratur behauptet. Vgl. z. B. *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts III S. 61. Allein die alte Streitfrage über die Entstehung einer naturalis obligatio aus dem nudum pactum darf wohl einerseits bei dem Mangel an Stellen, die für die Bejahung sprechen, und andererseits bei der positiven Natur der römischen naturalis obligatio jetzt als entschieden betrachtet werden. Wollte man unabhängig von der Verneinung dieser Frage dem nudum pactum eine Gültigkeit vindiziren, so ist diese Gültigkeit anerkanntermassen an ganz besondere Voraussetzungen geknüpft. Der Satz, dass die nuda pacta irgend welche Gültigkeit haben, kann daher nicht in dieser Allgemeinheit richtig sein. Sieht man von der naturalis obligatio ab, so wird auch der Gegensatz, den *Stobbe* (a. a. O. S. 62) zwischen Gültigkeit und Klagbarkeit macht, nicht klar.

[1]) Anders im ältesten Recht, wo der *gesetzliche* Entwehrungsanspruch (actio auctoritatis in duplum) einen pönalen Charakter hatte. Vgl. neuerdings *Pernice*, Labeo III S. 115. In der romanistischen Litteratur wird freilich ziemlich allgemein auch die stipulatio duplae wegen Entwehrung als eine Pönalstipulation bezeichnet, was nicht zu billigen ist. In den Tit. Dig. 21. 2 und Cod. 8. 44 findet sich davon keine Spur. Vgl. auch *Eck*, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. Halle 1874. S. 19 Anm. 2.

der germanischen Urkunden, wie wir sie z. B. aus dem langobardischen Verkehrsleben kennen, zweifellos eine *Strafe* enthalten, so sind diese Conventionalstrafen nicht ohne weiteres durch einen Hinweis auf die römischen Evictionsstipulationen zu erklären[1]). Schon die Eigenthümlichkeit, kraft welcher als die Rechtsfolge mangelnder Gewähr in den langobardischen Urkunden eine Strafe erscheint, muss nach einer Seite hin auf einen germanischen Rechtsgedanken zurückgeführt werden. Es kommt schon hier die grosse Rolle, welche die Strafe als Rechtsfolge der Verletzung von obligatorischen Verträgen innerhalb des altgermanischen Rechts gespielt hat, zum Vorschein. Die Nichterfüllung obligatorischer Verträge, oder richtiger, die Nichterfüllung von Verträgen, insofern sie obligatorische Wirkungen haben[2]), sei es, dass sie in Entwehrung oder sonstigen Vertragsverletzungen hervortritt, wird in der Regel durch compositio, d. h. durch gesetzliche oder conventionelle Strafen geahndet. Die Nichterfüllung der Gewährleistungspflicht ist hier kriminelles Unrecht. Wenn wir die römischen stipulationes duplae, wie wir sie aus den Siebenbürgischen Tafeln kennen, mit einem beliebigen Gewährleistungsversprechen einer lango-

[1]) Dass die *Legalquellen* theilweise auf dem Standpunkte des römischen Rechts stehen, ist von *Löning* (a. a. O. S. 118 ff.) bemerkt worden. *Luitprandi* L. 116 stellt für nicht-schriftliche Uebereignungen von Immobilien die römische Regel auf, dagegen soll, wenn eine Urkunde ausgestellt wird, so verfahren werden, sicut in ipsa cartolam legitur. Demgemäss ist der Standpunkt des langobardischen Rechts dahin zu formuliren, dass zwar die Legalquellen mit jener Ausnahme die germanische Auffassung verlassen haben, der Verkehr aber, wie wir ihn aus den Urkunden kennen, fortwährend die Conventionalstrafe anwendet. Die Urkundenpraxis wird dann beiläufig und ohne Erwähnung ihrer Eigenthümlichkeit von dem Gesetzgeber bestätigt. Dass der wirkliche Rechtszustand hierdurch nur in geringem Umfange als romanisirt (entnationalisirt) erachtet werden darf, muss bei dem allgemeinen Gebrauch der Schriftform angenommen werden. Ein grösseres Gewicht scheint freilich *Löning* (a. a. O. S. 120 ff.) der von den Legalquellen theilweise vertretenen römischen Auffassung beizulegen.

[2]) Die Verträge des altgermanischen Rechts können nicht in obligatorische und dingliche eingetheilt werden, denn derselbe Vertrag kann obligatorisch und dinglich zugleich wirken, was sogar das Gewöhnliche ist. Wohl aber können die *Wirkungen* von Verträgen nach diesen Kategorien unterschieden werden.

bardischen Urkunde vergleichen, so tritt die Verschiedenheit hervor. Dort wird das tantam pecuniam duplam einfach unter der Bedingung si quis puerum evicerit als ein *Recht* des Käufers stipulirt [1]), hier tritt eine — sozusagen persönliche — *Verpflichtung* des Verkäufers und seiner Erben, das Recht des Käufers in allen Beziehungen zu vertheidigen, in den Vordergrund. Vgl. z. B. *Cod. Cavensis* I Nr. 32 (v. J. 848):

> de quibus nos repromictemus qui supra binditores, et nostris heredes colligamus tibi suprascripto hemtori et tuis heredibus, ut ista nostra binditio ab omnis homines inantestare et defendere promictemus. et qui sit menime inantestare potuerimus, au per nos ipsi per colibet ingenio retornare quesierimus, dupplo suprascriptum pretium nos bobis cumponere spondemus.

Es liegt der Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses, das der Haftung wegen Entwehrung zu Grunde liegt, bei den Römern auf dem Recht des Käufers, bei den Germanen auf der Verpflichtung des Verkäufers, und hiernach charakterisirt sich die Haftung verschieden: hier Strafe oder Quasi-strafe (duplum sub poenae nomine conceptum), dort Erfüllung, Ersatz, Interesse, was vielleicht der Rechtsfolge der verletzten Gewährleistungspflicht im germanischen Recht äusserlich ähnlich erscheint (stipulatio duplae), innerlich aber davon verschieden ist (nicht poenae nomine conceptum [2]). Die Schuldfrage, deren Bejahung

---

[1]) Bei *Bruns*, Fontes p. 259 . . . . . et si quis eum puerum quo de agitur partenve quam quis ex eo evicerit, quo minus emptorem supra scriptum, eunve ad quem ea res pertinebit, uti frui habere possidereque recte liceat, tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri etc. Diese Fassung ist durch die folgenden Jahrhunderte hindurch unverändert geblieben. Vgl. die instrumenta venditionum bei *Spangenberg*, Tab. negot. soll. z. B. Nr. 50 (v. J. 540) . . . . . quod ita licetum non erit, evictum ablatumve quid fuerit, tunc, quanti ea ris erit, quae evicta fuerint, *duplum pretium* solidorum ss., sed et rei quoque melioratae, aedificatae, cultaeque, taxationem habita, a ss. venditore, haeredibusve ejus memorata, comparatori ejusque haeredibus cogantur inferre juxta legum *ordinem*.

[2]) Nach einer anderen Seite hin, die aber mit den oben besprochenen innerlich zusammenhängt, charakterisirt *Laband* den Unterschied zwischen der Einrede des deutschen Rechts, mittels welcher der Verklagte sich

als eine nothwendige Voraussetzung der gerechten Strafe erscheint, machte in diesem Falle dem älteren germanischen Recht keine erheblichen Schwierigkeiten. Die Thatsache, dass Gewähr nicht geleistet wird, erscheint als symptomatisches Moment für das Nichtleistenwollen, was strafbares Unrecht ist. Die Symptomatik leistet hier bessere Hilfe als das Heranziehen der praesumptio iuris et de iure, die eigentlich nichts erklärt. Im römischen Recht, das hier gleichfalls ohne Verschulden eine Haftung — obgleich nicht auf Strafe — statuirt, ist dies in anderer Weise zurechtzulegen: es wird einfach die *Verpflichtung* z. B. des Verkäufers derartig erweitert, dass sie dem *Rechte* des Käufers entspricht[1]).

Durch die Hervorhebung des principiellen Unterschiedes zwischen dem römischen und dem germanischen Gewährleistungsversprechen soll nun nicht bestritten werden, dass die germanischen Conventionalstrafen nach einer Seite hin auf römisches Recht zurückgeführt werden müssen. Das Verhältniss zwischen der römischen Conventionalstrafe und der germanischen, wie sie in den langobardischen Urkunden auftritt, ist durch die Erinnerung an die gemeinsame Sitte des Gewährleistungsversprechens einerseits und den verschiedenen Charakter dieses Versprechens andererseits nicht erschöpfend angegeben[2]). Es ist vielmehr

---

auf einen Gewährsmann beruft, und der Geltendmachung eines derivativen Eigenthumserwerbes gegenüber der rei vindicatio des römischen Rechts. Siehe *Laband*, Die vermögensrechtlichen Klagen S. 124.

[1]) Vgl. über die Symptomatik des Rechts sowie über diesen Gegensatz von Recht und Pflicht den soeben vom Verf. in Jhering's Jahrb. Bd. XXXV S. 343 ff. veröffentlichten Aufsatz: Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung.

[2]) Die Conventionalstrafen der langobardischen Urkunden sind übrigens keineswegs nur auf den Bruch der Gewährleistungspflicht gemünzt. Eine Conventionalstrafe findet sich vielmehr bei Rechtsgeschäften verschiedenster Art. So wird z. B. ein Vorvertrag über einen Verkauf durch Conventionalstrafe gestützt, *Cod. Cavensis* I Nr. 20. Vgl. ferner Verträge über Darlehn (l. c. Nr. 56), über Pacht (l. c. Nr. 100) und über Eheschliessung (l. c. Nr. 163). Sogar in Testamentsurkunden wird die Strafklausel eingefügt (z. B. l. c. Nr. 71). Eine nähere Analyse von den Fundamenten dieser Strafklauseln scheint hier nicht geboten. Die im Folgenden gegebene Erklärung von der Anwendung der Conventionalstrafe wird in erster Linie auf die Unsicherheit der durch die *Urkunde*

an die Thatsache anzuknüpfen, dass das römische Contractsystem durch den Verfall der Stipulation im spätrömischen Verkehr seine feste Gestalt verloren hat, bezw. dass die Stipulation bei den römischen Provinzialen nur in geringem Umfange wirklich angewendet worden ist. Die Zweifel, welche hinsichtlich der juristischen Natur der spätrömischen (Stipulations-)Urkunde in der Theorie noch bestehen, waren damals im eminenten Sinne practische Zweifel. Das geschriebene Recht wusste wenig oder nichts von Verträgen, die kraft der Schriftform verbindlich waren, dem Verkehrsleben dagegen erschien die Schrift (die carta) als Träger des Geschäftswillens[1]). Die Stipulationsklausel wurde in Urkunden über die verschiedensten Rechtsgeschäfte, vor allem in die Urkunden über Veräusserung von Immobilien eingefügt, und es entstand die Frage nach der Wirkung der Urkundenbegebung in Bezug auf die Eigenthumsübertragung[2]). Eine klare Antwort auf diese Frage wurde nirgends von den Gesetzgebungen gegeben; noch weniger konnte der Verkehr zu festen Grundsätzen gelangen. Die Urkunde war im spätrömischen Verkehr, bezw. in dem römischen Vulgarrecht zu einem Rechtsgebilde von zweifelhafter Natur geworden, dessen Sicherstellung durch Conventionalstrafe den römischen Provinzialen als ein dringendes Bedürfniss erschien. Und eben aus dem römischen Vulgarrecht ist das Urkundenwesen der germanischen Praxis überkommen: die Unsicherheit der juristischen Wirkung der Urkunde ist einfach auf die Reception zurückzuführen. Die Erklärung für die typische Anwendung der Conventionalstrafe liegt in der Unsicherheit oder Schwäche des Uebereignungsgeschäfts per cartulam. Weil die Urkundenbegebung als eine Uebereignungsform mit zweifelhaften Rechtswirkungen den

---

geschaffenen Rechtswirkung gestellt und trifft daher auch in diesen Fällen zu. Ausserdem würde eine solche Analyse zur Erklärung der *fränkischen* Strafdrohungen keinen erheblichen Beitrag liefern.

[1]) Wir erinnern an den ähnlichen Zustand, der im byzantinischen Rechte begegnet. Vgl. *Zachariae v. Lingenthal*, Geschichte des griechisch-römischen Privatrechts S. 293 ff.

[2]) Hierüber *Brunner*, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde I S. 113 ff.

germanischen Völkern überliefert worden ist, so entsteht ein dringendes Bedürfniss nach „potenzirtem Rechtsschutz“ für den Fall, dass das so begründete zweifelhafte Recht der Anfechtung ausgesetzt, bezw. unterliegen sollte. Daher wird die wichtigste obligatorische Verpflichtung des Verkäufers durch eine Conventionalstrafe gestützt, bezw. in die Verpflichtung eine Strafe zu zahlen umgewandelt.

Allein hier ist noch weiter zu unterscheiden. Dass einer Unsicherheit in der juristischen Wirkung eines Rechtsgeschäfts durch eine Strafsanction, d. h. durch Androhung einer gesetzlichen oder einer gewillkürten Strafe zu helfen sei, ist ein dem römischen und germanischen Rechte gemeinsamer, nicht ein von dem ersteren ins letztere übergegangener Gedanke. Es unterliegt keinem Zweifel, dass eine Strafe als Rechtsfolge mangelnder Gewährleistung den germanischen Völkern vor der Kenntniss des römischen Rechts bekannt gewesen ist. In den nordgermanischen Rechtsquellen finden sich hierfür zahlreiche Belege, und zwar tritt die Strafe hier regelmässig von Rechts wegen ein. Dies ist ein Symptom dafür, dass das obligatorische Recht des Käufers noch im Werden begriffen ist. Dass aber in dem südgermanischen Rechte die Strafe allgemein *versprochen*, d. h. durch Privatdisposition angedroht wird, ist u. E. aus der spezielleren, durch das Urkundenwesen verursachten Rechtsunsicherheit zu erklären. Das prinzipale Recht des Käufers aus der Urkunde ist zweifelhaftes Recht, daher tritt die Strafberedung für den Fall ein, dass das Recht nicht aufrecht erhalten werden kann. Sodann kommt die spätrömische Sitte in Betracht. Es liegt auf der Hand, dass auch hinsichtlich des Gewährleistungsversprechens der südgermanischen Urkunden der römische Urkundenstil äusserlich als Muster gedient hat; allein der Inhalt der betreffenden Klausel verwandelt sich in den germanischen Urkunden unter dem Einfluss von sonst herrschenden Anschauungen unwillkürlich in ein Strafversprechen.

Kap. II.

Die Strafklauseln der fränkischen Urkunden.

§ 1.

Allgemeines.

Die in den fränkischen Urkunden enthaltenen Strafklauseln weichen in der Art von den römischen, wie von den langobardischen ab, dass es zweifelhaft erscheint, ob sie noch als Conventionalstrafen angesehen werden dürfen[1]). Das Schema für diese Klauseln findet sich in den fränkischen Formelsammlungen in folgender Weise abgefasst:

> Et si quis, ego ipsi aut aliquis de heretibus meis vel qualibet extranea persona, qui contra hanc vindicione, quem ego bona volumptate fieri rogavi, agere conaverit, inter tibi et fisco soledus tantus vobis conponat, et quod repetit nihil valeat vindecare, et hec vindicio adque volomtas mea perenni tempore firma permaneat. (*Form. Andecav.* Nr. 9.)[2])

Bisweilen tritt die Klausel in erheblich abgekürzter Fassung auf, etwa in folgender Weise:

---

[1]) Ueber westgothisches Recht vgl. *Löning* a. a. O. S. 538 ff. Die westgothischen Formeln zeigen, dass der Verkehr bei der römisch-langobardischen Form der Strafdrohung nicht stehen geblieben ist. Wir bemerken, dass die Form. Visig. Nr. 33, 38 nicht dazu Veranlassung geben, hier einen Unterschied zwischen der westgothischen und fränkischen Urkundenpraxis anzunehmen. Die Form. Nr. 33 ist eine pactio und enthält überhaupt keine Conventionalstrafe im römischen Sinne, sondern nur die Verwirkungsstrafe, wie sie sich in der l. rom. Visig. Cod. Theod. II 9. 1 findet. Bei den pactiones ist übrigens auch die Urkundenpraxis des fränkischen Rechtsgebietes in der Anwendung der Strafklauseln schwankend, was sich einfach daraus erklärt, dass ja die pactio sehr verschiedenartige Rechtsgeschäfte enthalten kann. Die Form. Nr. 38 ist eine cautio, und hier ist auch das fränkische Recht, wie später zu zeigen, über die gewöhnliche Conventionalstrafe nicht hinausgegangen. U. E. ist der Standpunkt der westgothischen Formeln in der hier in Rede stehenden Hinsicht als wesentlich mit dem der fränkischen Formeln und Urkunden identisch zu betrachten. A. M. *Löning* a. a. O. S. 539.

[2]) Die fränkischen Formeln werden nach der Ausgabe von *Zeumer* in Mon. Germ. LL. sectio 5 citirt.

Chartes de l'abbaye de Cluny I Nr. 750: Si quis vero venditionem istam contradixerit, auri libram componat, et inantea omni tempore venditio ista firma permaneat, cum stipulatione subnixa.

Diese Formulirung ist sogar in gewissen (jüngeren) Urkundensammlungen die vorherrschende[1]). Ausserdem wechselt vielfach der Gebrauch von gewissen typischen Worten, obgleich der Sinn regelmässig unverändert bleibt. Die wichtigsten von diesen Varianten sollen im Folgenden bei der Besprechung der einzelnen Theile der Klauseln erwähnt werden.

Eine Vorstellung von der räumlichen Ausdehnung der so gefassten Klauseln ist zunächst schon aus den fränkischen Formelsammlungen zu gewinnen. Demgemäss sind sie ausser bei den Westgothen (z. B. *Form. Visig.* Nr. 5) bei den Westfranken (z. B. *Form. Andecav.* Nr. 44), Alamannen (z. B. *Form. Augien.* Coll. B. Nr. 34), Baiern (z. B. *Form. Cod. S. Emmerami* Fragm. II Nr. 9) und Burgundern (z. B. *Coll. Flav.* Nr. 8) im Gebrauch. Nach der Urkundensammlung von Loersch und Schröder finden sich die Klauseln in Urkunden aus Westfranken (Nr. 28), aus Aquitanien (Nr. 69), aus Rheinfranken (Nr. 51), aus Ripuarien (Nr. 56), aus Alamannien (Nr. 24) und aus Baiern (Nr. 44)[2]). Es würde dies der allmählichen Verbreitung des fränkischen Rechts überhaupt, wie sie von Sohm, — freilich im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht — dargestellt worden ist, entsprechen[3]). Jedenfalls steht fest, dass in der hier in Rede stehenden Hinsicht die Praxis

[1]) So beispielsweise in dem *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay* (Cartulaire de l'abbaye de Savigny IIe Partie), wo die weitaus überwiegende Mehrzahl der Strafklauseln dieselbe Fassung wie das angeführte Beispiel aus *Cluny* aufweist.

[2]) In Italien treten die Klauseln von dem 9. Jahrh. an vereinzelt, obgleich nicht allzu selten auf. Siehe *Cod. Cavensis* I Nr. 157, *Cod. Cajetanus* I Nr. 2, 4, 11, 16, 19, 28, 45, 49, 54, 97, 98, 101, 110, 126, 128, 131, 133, 138, 140, 143, 150, 153, 155, 157, 160, 161, 165, 179, 182, 188, 190, 191, 194. Vgl. *Consuetud. Syracusar.* XLVI (bei *Brünneck*, Mittelalterliche Stadtrechte Siciliens S. 156) und dazu *Brünneck*, Syst. S. 160.

[3]) *Sohm*, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. I Germ. Abth. S. 1—84.

bei den verschiedenen Stämmen des fränkischen Reichs nicht unterschieden werden kann. Wenn wir von den Strafklauseln der fränkischen Urkunden sprechen, so liegt die Rechtfertigung einmal darin, dass eine gemeinsame Praxis in Bezug auf die Strafklauseln bei den verschiedenen Stämmen obwaltet (also fränkisch a potiori), und sodann darin, dass die Klauseln der s. g. fränkischen Periode der südgermanischen Rechtsgeschichte angehören [1]).

Die Abweichungen von den römisch-langobardischen Conventionalstrafen betreffen theils den Kreis der durch die Strafe bedrohten Personen — die Strafdrohung richtet sich an jeden Dritten —, theils den Kreis der zum Empfang der Busse Berechtigten — die Busse wird in der Regel zwischen den Verletzten und dem Fiscus vertheilt. Eine weitere Eigenthümlichkeit, die bei den cautiones i. e. S. vorkommt, betrifft noch den Kreis der zum Empfang der Busse Berechtigten: mitunter soll die Strafe nicht nur dem aus der Urkunde zunächst Berechtigten, bezw. dessen Erben, sondern auch dem Singularsuccessor gezahlt werden [2]). In constructiver Hinsicht ist die erste Abweichung — die Richtung der Strafdrohungen gegen jeden Dritten — von weitaus überwiegendem Interesse, denn es scheint auf den ersten Blick ganz unverständlich, dass die vertragsschliessenden Parteien einem Dritten wegen Verletzung des Vertrages eine Busse hätten auferlegen können. Die zwei übrigen Abweichungen dagegen lassen sich wenigstens vorläufig

[1]) In den französisch-fränkischen Urkundensammlungen finden sich die Klauseln noch häufig im 11. Jahrh. Sehr selten werden sie im 12. Jahrh. Vgl. jedoch z. B. *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille* Nr. 838 (v. J. 1120?), sodann *Chartes de l'abbaye de Cluny* V Nr. 3900 (v. J. 1112), 3906 (v. J. 1113), 3947 (v. J. 1120), 3948 (v. J. 1120), 3958 (v. J. 1122), 3970 (v. J. 1124), 3971 (v. J. 1124), 3993 (v. J. 1126).

[2]) Hierüber *Brunner*, Zeitschrift für Handelsrecht XXII S. 90 ff. U. E. liegt auch hier die typische Function der Strafe auf der Hand: es soll dem schwachen Rechtsgebilde, das die Uebertragung des Forderungsrechts durch Weiterbegebung der Urkunde bewirkt, eine Stütze gewährt werden. Es hat also die Conventionalstrafe auch in der Geschichte der Inhaberpapiere ihre gewöhnliche Rolle gespielt. Ein näheres Eingehen auf diese Eigenthümlichkeit, die übrigens auch in dem langobardischen Urkundenterritorium häufig zum Vorschein kommt, würde indessen die diesen Untersuchungen gesteckten Grenzen weit überschreiten.

und zur Noth unter bekannte juristische Kategorien (etwa den Vertrag zu Gunsten Dritter) subsumiren. Mit Rücksicht auf jene Eigenthümlichkeit bezeichnen wir die hier in Rede stehenden Strafdrohungen als absolute oder absolut gefasste Strafklauseln, während die auf die Wirkung unter den Parteien und deren Erben beschränkte Conventionalstrafe eine relativ gefasste Strafklausel genannt werden könnte.

Den absolut gefassten Strafklauseln spricht Löning den Charakter von Conventionalstrafen ab. Die hier festgesetzten Bussen seien gesetzliche Strafen, auf die in der Urkunde nur hingewiesen werde. So viel ist nun zwar unbedenklich zuzugeben, dass es in terminologischer Hinsicht nicht zweckmässig wäre, wollte man auf die bezüglichen Erscheinungen den Namen der Conventionalstrafe, der ja im römischen und heutigen Recht einen durchaus festen Begriff bezeichnet, anwenden. Aber daraus, dass die in den Urkunden enthaltenen Bussen nicht Conventionalstrafen genannt werden dürfen, darf noch nicht gefolgert werden, dass sie gesetzliche Strafen wären, denn tertium datur. Wir haben oben die römische Conventionalstrafe als eine Art von Privatdisposition im engeren Sinne aufgefasst, im Folgenden suchen wir die hier in Rede stehenden Klauseln als eine andere Art derselben Gattung nachzuweisen [1]). Hier wie dort wird sich die Untersuchung vorzugsweise auf das richten, was wir das Fundament der Strafe genannt haben. In der Natur dieses Fundaments müssen die Ursachen der Abweichungen gesucht werden, die die Fassung jener Klauseln gegenüber der römisch-langobardischen Conventionalstrafe aufweist. Dies gilt vor Allem von der wichtigsten Eigenthümlichkeit dieser Klauseln — der Richtung der Strafdrohung gegen Jedermann —, während allerdings der Antheil des Fiscus an der Busse in einen weiteren Zusammenhang gehört. Die Untersuchung über das Fundament

---

[1]) Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei *Kohler*, Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft V S. 379 ff. Ob nicht der Gedanke jedoch in der That verschieden gefasst wird, ist bei den kurzen Ausführungen von *Kohler* nicht recht ersichtlich. Vgl. noch *J. Merkel*, Ueber die sog. Sepulcralmulten (in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Rudolf v. Jhering Abh. 3) S. 133 ff. Gegen den ausschliesslich gesetzlichen Charakter der Bussen hat sich erklärt *Stobbe*, Handbuch III (1878) S. 147.

der Strafe ist indessen durch einige Bemerkungen zu der Entstehungsgeschichte der Klauseln anzubahnen. Diese Geschichte ist von Löning eingehend besprochen worden: unsere Erörterungen sollen sich daher im wesentlichen auf eine Prüfung der von Löning gegebenen Darstellung beschränken.

§ 2.

Bemerkungen zu der Entstehungsgeschichte der fränkischen Strafklauseln.

Um die Entstehung der Strafdrohung gegen Dritte zu erklären, weist Löning zunächst auf eine Reihe sprachlicher und grammatikalischer Missverständnisse hin, die die Umwandelung der relativen Klausel in die absolute vermittelt haben und als „die äusseren Hebel" der Entwickelung bezeichnet werden können. Die Bedeutung der hierhergehörigen Ausführungen von Löning liegt u. E. darin, dass sie auf den *äusseren* Zusammenhang jener Klauseln mit dem Gewährleistungsversprechen aufmerksam gemacht haben. Dass ein solcher Zusammenhang thatsächlich besteht, scheint nicht bezweifelt werden zu können, obgleich keineswegs jede Urkundensammlung dafür Belege bietet. Nur möchten wir diesen Zusammenhang nicht auf blosse Missverständnisse der genannten Art zurückführen. Es muss vielmehr hervorgehoben werden, dass es an sich eine nicht unverständliche Entwickelung ist, kraft welcher aus der inneren Beziehung des Gewährleistungsversprechens auf jeden Dritten die Vorstellung von einer Verpflichtung seitens des Letztgenannten in den Augen der Parteien entsteht. Sogar im römischen Recht muss gelegentlich die Meinung, dass das Gewährleistungsversprechen ein Vertrag zu Lasten Dritter sei, zurückgewiesen werden (l. 38 pr. D. de V. O. 45. 1). Man kann davon ausgehen, dass in der That eine quasirechtliche Gebundenheit vorliegt, die die grundlose Anfechtung von Rechtsgeschäften verbietet. Wenn nun die Parteien diese Gebundenheit Dritter durch den Vertrag als ein Produkt ihrer Willenserklärungen aussprechen, so liegt ein Rechtsgebilde vor, das dem Vertrag zu Lasten Dritter ähnlich ist. Dass eine Verpflichtung seitens des Dritten hierdurch

begründet werden kann, ist früher bemerkt worden [1]). Die Entstehung der absolut gefassten Strafklauseln aus dem Gewährleistungsversprechen gehört daher nicht nur der äusseren, sondern auch der inneren Geschichte jener Klauseln an. Die Umwandelung ist ein Missverständniss, das eine Fortbildung des Rechts in sich schliesst, wie es auch sonst in der Rechtsgeschichte häufig vorkommt.

Auch scheint es nicht unangebracht, auf eine Reihe weiterer Beispiele aufmerksam zu machen, zumal weil sie jenen Zusammenhang in einer besonders prägnanten Weise illustriren [2]). Es ist von einer Verkaufsurkunde mit einem Gewährleistungsversprechen, wie es in den langobardischen Urkunden vorkommt, auszugehen. Eine solche ist z. B.:

> *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 13: Si quis vero, quod fieri minime esse non credimus, si nos ipsi vel ullus de eredibus nostris, vel quelibet ulla emissa persona, qui contra anc vindicione ista venire temptaverit, et ad nos vel nostrisque eredibus non fuerit deffensatum, inferamus vobis vestrisque eredibus, una cum tercio fisco auri uncia una componat, et presens vendicio ista in vos facta homnique tempore firma et stabilis permaneat, stipulatione subnixat.

In diesem Falle liegt also, von dem anakoluthischen componat abgesehen, ein gewöhnliches Gewährleistungsversprechen vor. Allein die Formulirung ist unsicher geworden: die Voraussetzung mangelnder Gewährleistung steht noch da, die Strafdrohung aber wird auch weiterhin in verworrener Weise abgefasst:

> *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 14: Si quis vero, quod absolet, quod nec fieri esse credimus, quod se nos ipsi aut ullus de eres nostros aut ullus omo vel quislibet ulla emissa opposita persona, qui contra hanc presentem vendicionem ista in te facta aliquit dicere aut kalomniare vel infrangere voluerit, *se at nos vel at eres nostros defensatum non fuerit,* nihil valeat vendi-

[1]) S. oben S. 57.

[2]) Wir entnehmen die Belege solchen französisch-fränkischen Urkundensammlungen, die von *Löning* nicht benutzt sind.

care quod repetit, *sed tunc, sicut nos, culpabilis* [1]), *et ympleturis* una cum fisco auri dinarios V *componat,* et inantea vendicio ista in te facta omni tempore firma et estabilis permaneat, estibulatione subnixa. Vgl. Nr. 28, 34, 39, 40, 41, 43, 44, 72, 93, 94.

In einer anderen Reihe von Urkunden derselben Sammlung ist dann die Voraussetzung se . . . . . defensatum non fuerit weggefallen, aber die anakoluthische Formulirung wird immer noch beibehalten. Die Klausel lautet z. B.:

Chartes de l'abbaye de Cluny Nr. 19: Si quis vero, quod minime fieri esse credimus, set nos ipse aut ullus de eredibus nostris venire tentare presumpserit, oc non valead vindicare quod repetit, tunc *inferamus nos* vobis uno cum tercio fisco auri uncia I *componat;* set presens vindiccio ista in vos facta omnique tempore firma et stabilis permanead, estibulacione subnixa. Vgl. Nr. 20, 52, 60, 84, 87.

Noch verworrener ist *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 74: Si quis vero, quod fieri minime credimus, si nos aud ullus omo commutationem istam calumniare aud destruere voluerit, non valead vendicare quod reppetit, sed *inferad* aud cui tentat, tunc *simus culpabili et impleturi* unusquisque contra parem suum de auri libra una *componat,* et ec presens commutacio omnique tempore firma et stabilis permanead, cum stipulacione subnixa.

Der Schreiber hat erst die absolute Fassung gewählt (sed inferad), mit den Worten: simus culpabili etc. ist er dann in die relative Formulirung verfallen, und schliesslich kehrt er zu der absoluten Fassung zurück (componat). Vereinzelt steht Nr. 694:

Si quis, quod futurum esse (non) credo, tamen si vel ego, vel aliquis de heredibus meis, temptaverit aliquando commutationem istam calumpniari, et a me sive a succe(sso)ribus meis atque nepotibus defensata non fuerit, *nos rei et culpabiles erimus; invasor aut(em), quisquis ille fuerit,* libras IV de auro *componat.*

[1]) Der Herausgeber schlägt vor: simus nos culpabilis.

Hier ist offenbar die poena wegen mangelnder Gewähr nur aus Versehen ausgefallen, und es kommt statt der in den früher angeführten Urkunden vorliegenden Confundirung der beiden Formulirungen in dieser Urkunde das Nebeneinanderstehen der relativen und der absoluten Strafklausel zum Vorschein. In diesem Falle liegt auch keine Veranlassung vor, der Anwendung der beiden Klauseln neben einander die Absicht unterzuschieben, dass man das Rechtsgeschäft nach verschiedenen Rechtssystemen sicherstellen wollte[1]). Die ganz überwiegende Mehrzahl der älteren Urkunden aus Cluny hat aber die absolut gefasste Klausel. Typisch ist z. B. Nr. 103:

> Si quis vero, quod fieri minime credimus, si ego nos ipsius aut ullus omo aut ulla emesa oposita persona, aut ullus de eredibus nostris, venire temtaverit, oc non va(le)at vindicare, quod repetit, set inferat tibi aut cui temtat una cum tercio fisco auri uncia I componat; ec omnes presens vindiccio ista in te facta omnique tempore firma permaneat, estibulacione subnixa.

Die anakoluthische Fassung inferamus ..... componat findet sich ferner in dem *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Bertin Folquini* Lib. I. Nr. 18, vgl. Nr. 20, 29, 39, 41, 43. Anders wiederum Nr. 11 ..... et insuper, una cum socio fisco distringente, auri libras X, argenti pondera XX coactus exsolvat; et insuper, quantum ipsum monasterium tunc temporis emelioratus valuerit, vel duplam pecuniam coactus exsolvat ..... Die letzte Wendung gehört offenbar einem Gewährleistungsversprechen an.

Eine hierhergehörige eigenthümliche Variante, die wie die oben aus Cluny angeführte Urkunde das Nebeneinanderstehen der beiden typischen Formulirungen aufweist, findet sich in dem *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille* Nr. 168:

> Et qui ista venditione inrumpere temptaverit, non hoc valeat vindicare, *sed componat, aut componam* tibi ista vinea que tibi vindo in duplo, cum omnem suam immelioratione.

---

[1]) Vgl. *Löning*, a. a. O. S. 543.

Nr. 1045: Quod si nos venditores aut aliquis homo utriusque sexus contra hanc venditionem venerimus aut venerit ad inrumpendum, ad nihilum nobis vel illi aut illis eveniat; *et in super componamus aut componat vel componant* tibi vel illi qui ex hoc possessor fuerit supra scripta omnia in triplum cum omni sua inmelioratione;

Nr. 1047: Et qui ista impignoratione disrumpere voluerit, non hoc valeat vindicare, sed *componat aut componamus* supradicta omnia ad jam dicto domo in duplo . . . . . .

Ein weiterer Beleg für den Zusammenhang der absolut gefassten Strafklauseln mit den Strafen wegen mangelnder Gewähr, liegt in der häufigen Anwendung der poena duplae auch in den absolut gefassten Klauseln. Besonders deutlich wird dies, wo die poena duplae ganz regelmässig in der Form von tantum et aliud tantum quantum predicte res eo tempore meliorate valuerit auftritt. Siehe *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay* Nr. 4, 5, 21, 26, 27, 28, 31, 34, 37, 47, 51, 68, 71, 76, 77, 81, 88, 91, 92, 107, 116, 121, 122, 129, 136, 140, 168, 180, 192. Wenn es sich um die äussere Geschichte der absolut gefassten Strafklauseln handelt, kann der Zusammenhang derselben mit den Gewährleistungsversprechen nicht deutlicher als durch den Hinweis auf die angeführten anakoluthischen, bezw. sonst unregelmässigen Formulirungen einerseits und auf das häufige Vorkommen der poena duplae andererseits dargethan werden [1]).

[1]) In den in den *Cod. Cajetanus* I enthaltenen Urkunden wird der Uebergang von der relativen zu den absolut gefassten Klauseln in etwas anderer Weise vermittelt, obschon auch hier die Entwickelung der letztgenannten aus dem Gewährleistungsversprechen ausser Zweifel steht. Vgl. z. B. Nr. 12: Quod si viliter agere presumserimus de hec omnia suprascripta et in aliquit offenderimus per quobis ingenium aut ex cuntis nostris summissis personis, hanc daturum me heredibusque meis promitto ego qui supra theodosius prefecturius vobis qui supra domno constantino et domno marino gloriosos ypatos heredibusque vestris ante ingressum litis pene nomine auri libras quinque evritias; sodann Nr. 13: verum quod absit et divinam avertat potentiam quod sive nos aut posteriori nostrique successores contra hanc nostram securitatem seu completa decisionem contrarie aliquit agere voluerimus *compositurus subiaceat persona illa*

In einigen anderen Punkten möchten gegen die Ausführungen, welche Löning zu dieser äusseren Geschichte der Klauseln gemacht hat, Einwände zu erheben sein. Nur vorläufig bemerken wir an dieser Stelle, dass wir dem Uebergang von der apposita persona zu der opposita persona weder den Sinn noch das Gewicht beilegen können, wie es Löning thut. Löning nimmt den Ausgangspunkt von einer langobardischen Urkunde, die nach ihm correct abgefasst ist, d. h. die Form apposita persona nebst der gewöhnlichen Conventionalstrafe enthält, und schreitet zur *Form. Marc.* App. Nr. 17 (bei Zeumer: *Cart. Senon.* Nr. 5) fort, wo sich die opposita persona nebst einer auf den Contrahenten beschränkten Strafe „in sinnloser Weise" findet. Die opposita persona deutet Löning als feindliche Person oder „Hauptübelthäter", der als solcher bestraft werden sollte, wie dies in den typischen Formeln der Fall ist[1]). U. E. hat die opposita persona, wie später in anderem Zusammenhange auszuführen ist, wesentlich dieselbe Bedeutung wie die übrigen an dieser Stelle der Klauseln vorkommenden Worte. Aber auch wenn die „opposita persona" wirklich im Sinne Löning's zu verstehen wäre, so hätte wohl der Evincent von den Parteien als Gegner oder — mit subjectiver Färbung — als Feind bezeichnet werden können, obwohl nicht er, sondern der unterliegende Gewährsmann die Busse

qui hoc inquietare voluerit auri evriti libra una. Die Strafe wird fortwährend auf die Contrahenten, bezw. auf ihre Erben beschränkt, aber eine Fassung ist gewählt, von der aus der Uebergang zu den absoluten Klauseln fast unmerklich geschehen kann. Dieselbe Fassung wie Nr. 13 enthalten Nr. 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 41, 42, 44, 46, 48, 51, 56, 59, 65, 66, 78. Vgl. ferner Nr. 73: Verum quod absit et divina avertat clementia. ut sive nos qui supra marinus et iohannes consules et duces; vel nostri heredes et successores. contra hec nostra donatio. contrarie aiere quippiam presumpserit. *tam ipse quam nos et nostri heredes; quicumque hoc inquietaverit; compositurus subiaceat vobis suprascriptis fratribus vel ad vestris heredibus* auri obrizi libras tres; sowie Nr. 74, 84, 93, 96, 147. Man sieht, wie die absolute Fassung immer vorwärts dringt, bis sie in den oben S. 101 Anm. 2 angeführten Urkunden wenigstens gelegentlich den Sieg davon trägt. Vgl. z. B. Nr. 150: verum quod absit et avertat divina potentiam quod sibe nos sibe nostris heredibus vel qualicumque magnis aut parbis hominibus. contra hac nostra offertione vel

[1]) *Löning*, a. a. O. S. 552.

zu zahlen hatte. Die Formel wäre demnach nicht als sinnlos zu bezeichnen. Sodann ist hervorzuheben, dass, wenn derartige Formeln als Bindeglieder zwischen den langobardischen und den fränkischen Strafdrohungen zu betrachten wären, die opposita persona als die in den typischen Klauseln des fränkischen Rechtsgebietes unbedingt herrschende Form nachgewiesen werden müsste, was nicht möglich ist. Auch tritt die Fassung der *Cart. Senon.* Nr. 5 in den Urkunden, die etwa der Uebergangszeit angehören, nur vereinzelt auf. Ein besonderes Gewicht für die Entstehung der absolut gefassten Strafdrohungen hat daher u. E. die Abwechselung zwischen der apposita persona und der opposita persona nicht.

Ferner ist die Rolle, welche die stipulatio Aquiliana, die lex Aquilia und die lex Arcadia bei der Entstehung der Strafklauseln gespielt haben, u. E. von Löning entschieden zu hoch veranschlagt worden. A. a. O. S. 583 sagt Löning: „Die Lex Arcadiana und lex Aquiliana, welche man immer in Verbindung mit der Strafsanction sah, und besonders letztere, welcher man eine Strafdrohung gegen jeden, sich einer Verpflichtung weigernden zuschrieb, erregten die Vorstellung, als ob sie zur Ansetzung einer Strafe gegen jeden Dritten autorisirten.“ Vgl. a. a. O. S. 537. Zunächst ist die Häufigkeit jener Klauseln in Abrede zu stellen. U. E. muss das Vorkommen jener Worte auch in der romanischen Praxis als vereinzelt bezeichnet werden. Aus den ravennatischen Papyri ist nur eine

---

traditione. aliquit contrarie agere voluerimus. *quicumque humana persona hoc facere presumpserit.* nullo modo itaque valeat adimpleri quod reppetit. set primum omnium ira dei etc. *insuper compositura existat bindicte districteque persona illa. tam in suprascripta ecclesia sancti petri apostoli. quam in predicto monasterio sancti theodori. pene nominis auri purissimi uncias tres.* Schliesslich kommt auch hier vereinzelt das Nebeneinanderstehen der beiden Formulirungen vor. Siehe z. B. Nr. 159: verum quod absit et avertat dibina potentia per quovis modum per quovis ingenium seu per qualibet data occasiones quod sibe nos sibe nostris heredibus vel qualicumque a nobis summissa humana persona contra hunc nostrum concanbium atque conmutatio aliquit contrarie agere boluerimus *compositurі subiaceamus nos cum nostris heredibus vel illa humana persona qui hec inquietare presumserit tam vobis quam at vestris heredibus pene nomini auri euritii libra una.* Vgl. Nr. 183—185, 189.

einzige Urkunde zu verzeichnen [1]). Die westgothischen Formeln, die rhätischen und alamannischen Urkunden enthalten allerdings mehrere, aber keineswegs zahlreiche Beispiele. Ganz vereinzelt finden sich die betreffenden Worte in den fränkischen Formelsammlungen. In der grossen Mehrzahl von Urkunden aus fränkischer Zeit findet sich die Klausel nicht. Sodann ist der Zusammenhang derselben mit der Strafsanction keineswegs klar gestellt. In Bezug auf die stipulatio Aquiliana geht Löning von der l. rom. Visig. Paul Sent. I 1, 3 aus, und weist auf den äusseren Zusammenhang zwischen der Pönalstipulation und der stipulatio Aquiliana hin. Nun ist dieser Zusammenhang im spätrömischen Recht, wie wir oben (S. 33 Anm. 1. vgl. S. 44ff.) bemerkt haben, in der That ein innerlicher, und es wäre denkbar, dass im Occident, wie im byzantinischen Recht die stipulatio Aquiliana allmählich durch die mit ihr gleichwerthige Conventionalstrafe als das später allein verständliche Bestärkungsmittel verdrängt worden wäre. Irgend welche Anhaltspunkte für eine derartige Vermuthung giebt es aber u. W. durchaus nicht. Es müsste dann nachgewiesen werden, dass die stipulatio Aquiliana etwa bei Vergleichen oder sonstigen Abfindungsverträgen angewendet worden ist. Wahrscheinlich ist die stipulatio Aquiliana für die in Rede stehende Zeit gänzlich ausser Gebrauch gekommen, und nur der Name als Bekräftigungsformel nach Art der stipulatione subnixa geblieben. Der innere Zusammenhang wäre demgemäss u. E. abgebrochen, der äussere Zusammenhang aber, welcher etwa durch die Bezugnahme auf die angeführte Paulusstelle angenommen werden könnte, ist bei der überaus grossen Seltenheit der *stipulatio* Aquiliana sehr zweifelhaft. Jedenfalls kann u. E. von einem wirklichen Einfluss, den etwaige irrthümliche Auffassungen über die Natur der stipulatio Aquiliana auf die Entstehung und Gestalt der fränkischen Strafklauseln ausgeübt hätten, keine Rede sein. Gewöhnlich handelt es sich in den immerhin nicht sehr zahlreichen hierhergehörigen Formeln und Urkunden um eine lex Aquilia oder Aquiliana. Warum eine Vermengung der stipulatio Aquiliana mit der lex Aquilia hier

[1]) Marini Papiri Nr. 119 (v. J. 551).

stattgefunden haben muss, wie gewöhnlich angenommen wird [1]), ist nicht recht ersichtlich. Die interpretatio zu der l. rom. Visig. Paul. Sent. I 19,1 sagt, dass kraft der lex Aquilia gewisse Ansprüche im Leugnungsfalle in duplum gehen, und zwar wurde, wie die Epitomen zeigen, an einem bestimmten Kreis von solchen Ansprüchen nicht festgehalten [2]). Die Erinnerung an jene lex Aquilia konnte demgemäss einen guten Sinn haben, ohne dass eine Vermengung mit der gleichnamigen stipulatio angenommen werden müsste. Mit den in den Urkunden enthaltenen Strafklauseln steht aber auch die lex Aquilia in keinem Zusammenhang. Dass die Parteien eine Befugniss zur Schliessung eines Strafcontracts oder zur Hinzufügung einer Strafsanction gegen Dritte aus diesem Gesetz ableiten, lässt sich nicht nachweisen. Die allgemeine Berufung der Parteien auf römisches Recht, wie in der von Löning a. a. O. S. 583 angeführten Urkunde (*Bréquigny-Pardessus* II Nr. 516), kann als ein Beweis hierfür nicht angesehen werden [3]). In den *Form. Visig.* Nr. 1, 6, 7, 20 wird die lex Aquilia oder Aquiliana nur als ein Gesetz, das die Schriftform „bekräftigt", angegeben, ob durch Strafe oder sonst, wird nicht gesagt. Eine Geldbusse wird in Nr. 1 und 6 nicht angedroht. In der Form. Nr. 7 ist die absolut gefasste Strafklausel von der Schlussformel, die das Aquilianam quippe commemorans legem enthält, äusserlich getrennt. Ebenso Nr. 20. Die *Form. Bitur.* Nr. 2 enthält keine absolut gefasste Strafklausel, sondern das

---

[1]) Auch von *Löning*, a. a O. S. 537. Die lex Aquilia oder Aquiliana wird jetzt auf die stipulatio Aquiliana zurückgeführt von *Stouff*, De formulis secundum legem romanam. Parisiis MDCCCXC. P. 70 sq. (Mit der Motivirung: „quum lex pro pacti conditione apud Romanos diceretur"). *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht S. 489, erklärt die lex Aquiliana als eine Corruption aus der stipulatio Aquiliana und nimmt sodann eine Verwechselung der gewöhnlichen Stipulation mit der Stipulatio Aquiliana an. Aus der älteren Litteratur ist hervorzuheben *Bluhme* im Jahrb. des gem. deutschen Rechts von Bekker und Muther III (1859) S. 207 ff.

[2]) Die Epitomen bei *Haenel*, L. Rom. Visig. p. 353. Vgl. übrigens *Haenel*'s Prolegomena, p. XCIV.

[3]) Vgl. *Löning* selbst a. a. O. S. 588 Anm. 68, wo eine ähnliche Ansicht *Bluhme*'s zurückgewiesen wird.

Versprechen quod, si ullo umquam tempore ..... iuxta legum severitate ... conponamus, das von der Schlussformel: haec stipulans stipulati sumus atque spondimus, Aquiliani legis mentione firmamus getrennt ist. Vgl. noch *Form. Andecav.* Nr. 37. Die hier und da auftauchenden Erwähnungen der lex Aquilia sind daher, wenn sie nur hiernach beurtheilt werden, wahrscheinlich, ebenso wie die Bezugnahme auf die stipulatio Aquiliana, nur als symbolische Bestärkungsmittel für die Schriftform anzusehen, obwohl es möglich ist, dass gelegentlich die Parteien wirklich auf die gesetzliche Strafe jener lex, wie sie damals verstanden wurde, haben hinweisen wollen. Aber, auch wenn dem so wäre, ist nicht ersichtlich, ob sie die Befugniss zur Verabredung einer Strafe oder zur Hinzufügung einer Strafklausel aus diesem Gesetze abgeleitet haben. Eine solche Befugniss könnte gar nicht bezweifelt werden, wenn es richtig ist, wie Löning (a. a. O. S. 560) hervorhebt, dass die Entwickelung der absolut gefassten Klauseln aus den relativen sich den Parteien unbewusst vollzogen hat. Es wäre ohne jede Analogie, dass Parteien, die ein Strafgeding abschliessen, das Gesetz, welches das Strafgeding autorisirt, allegiren. Sind demgemäss die stipulatio Aquiliana und die lex Aquilia wahrscheinlich zu blossen Floskeln geworden, so kann auch von einer Vermengung derselben wohl nicht die Rede sein, denn beide haben gar keinen reellen Sinn, der verwechselt werden könnte. Vollends mit den Strafklauseln stehen sie in keinem sichtbaren Zusammenhange.

Dieselbe Bewandtniss hat es u. E. mit der lex Arcadia, auf die in einigen Urkunden Bezug genommen wird: sie ist, insofern sie in den Urkunden erwähnt wird, wie die lex Aquilia eine floskelartige Reminiscenz des römischen Rechts, nicht ein entwickelungsfähiger Keim, dem die fränkischen Strafklauseln entsprungen sind. Zwar hat schon vor Jahren Biedenweg einen wirklichen Zusammenhang zwischen diesem Gesetz, wie es sich in der l. rom. Visig. Cod. Theod. II 9, 1 findet, und den Strafdrohungen nachzuweisen versucht, aber u. E. mit nicht überzeugenden Gründen[1]). Erstens führt Biedenweg die in der *Form. Visig.* Nr. 1 enthaltene Exsecrationsformel auf die

[1]) *Biedenweg*, Commentatio ad formulas visigothicas. Berolini 1856. p. 7.

lex Arcadia zurück. Er erblickt in den Worten ‚Sit ille Deo reus, sit a sancta communione alienus' etc. eine Beschwörung (coniuratio), die sacramenti interpositio, die in der interpretatio zu der l. rom. Visig. Cod. Theod. II 9, 1 erwähnt wird. Die lex Arcadia spricht aber nur von der Infamie als Folge der Anfechtung oder Nichterfüllung einer sub sacramenti interpositione eingegangenen Verbindlichkeit. Bei der Exsecrationsformel, die von der Infamie nichts enthält, ist u. E. in keiner Weise an die lex Arcadia gedacht. Die Formel ist nicht als eine coniuratio zu verstehen, sondern als eine kirchliche, gegen Dritte gerichtete Strafdrohung, wie sie ja auch sonst schon in dieser Zeit häufig vorkommt. Sodann wird bei der Besprechung der *Form. Visig.* Nr. 5 auch die Androhung der Busse auf die l. Arcadia zurückgeführt, jedoch mit der Bemerkung, dass bezweifelt werden kann, ob dieses Gesetz auch einen Dritten zur Zahlung der Busse verbindlich macht[1]). Es kann aber in der That gar nicht bezweifelt werden, dass dies nicht der Fall gewesen ist. Schliesslich wird die Haftung der extranei durch die Worte „quasi ex lege" charakterisirt, und dann wird die Frage aufgeworfen, „utrum ex lege Arcadia an potius Aquilia hanc poenam legalem Gothi receperint". Biedenweg scheint sich für die letzte Alternative als das Wahrscheinlichere zu entscheiden (L. c. p. 20). Auf die Construction der absolut gefassten Strafklauseln ist Biedenweg nicht näher eingegangen. Wie schon oben hervorgehoben worden ist, haben die westgothischen Formeln in der hier in Rede stehenden Hinsicht wesentlich denselben Charakter, wie die fränkischen, und auch der Ursprung der Strafklauseln dürfte hier kein anderer sein, als dort. Dass eben hier die besprochenen Formelworte verhältnissmässig zahlreich gefunden werden, steht mit der bekannten Thatsache, dass die westgothischen Formeln zahlreiche Reminiscenzen an das römische Recht enthalten, im besten Einklang.

Bei alledem kann von einem durchgreifenden Einfluss jener Gesetze auf die Gestaltung der Strafklauseln des fränkischen Urkundenterritoriums nicht die Rede sein. Es giebt ja hier grosse Urkundensammlungen, wo unter Tausenden von Straf-

[1]) *Biedenweg* l. c. p. 19.

klauseln keine einzige auch nur eine Spur von jenen Gesetzen enthält, was unbegreiflich wäre, wenn sie für die Entstehung der Strafklauseln wirklich die Bedeutung gehabt hätten, die ihnen von Löning zugesprochen wird.

Die wichtigste Thatsache in der Entstehungsgeschichte der absolut gefassten Strafklauseln ist der Zusammenhang mit dem Gewährleistungsversprechen, aber darüber hinaus lässt sich im Einzelnen nichts Sicheres feststellen. Dagegen hat man im grossen Ganzen immerhin mit der Thatsache zu rechnen, dass das römische Urkundenwesen dem germanischen Rechte überliefert worden ist, und dass mit dieser Ueberlieferung aus inneren Gründen die Veranlassung gegeben war, den Urkunden als Rechtsgebilden mit zweifelhaften Wirkungen eine Strafklausel beizufügen.

§ 3.

Ueber den Rechtsgrund der Strafdrohung.

Es ist in der That auch die Ansicht Löning's, dass den oben bezeichneten Eigenthümlichkeiten der fränkischen Klauseln „eine tiefere Idee“ zu Grunde liege, die aus dem Geiste des germanischen Rechts zu schöpfen sei. Das Ergebniss aber, zu welchem Löning gelangt, ist, wie schon oben erwähnt, dies, dass wir es hier nicht mit Conventionalstrafen, sondern mit gesetzlichen Strafen zu thun haben. Der Rechtsgrund der Strafdrohungen sei nicht das Rechtsgeschäft (die Verabredung zwischen den Parteien oder die von dem Aussteller der Urkunde abgegebene Willenserklärung), sondern das Gesetz. Obwohl dies nicht in aller Strenge aufrechterhalten wird[2]), so besteht dennoch nach Löning im grossen Ganzen zwischen der römischen Conventionalstrafe und den hier in Rede stehenden Strafklauseln ein schroffer Gegensatz. Bei dieser Ansicht wird der innere Zusammenhang zwischen der römischen Conventionalstrafe und den Intentionen des objectiven Rechts übersehen: die römischen Conventionalstrafen sind allerdings gewillkürte Strafen, aber in ihrer practischen Anwendung, auf die es doch in erster Linie

---

[1]) *Löning* a. a. O. S. 579 und passim.

[2]) Vgl. a. a. O. S. 580 mit Anm. 1 S. 581, 589, 590.

ankommt, findet sich eine Verbindung mit dem „Gesetze“ im Sinne des Rechtsbewusstseins. Es folgt dies aus der eigenthümlichen Natur der römischen Conventionalstrafen, kraft deren sie, wie wir oben nachgewiesen haben, als typische Erscheinungen nur dann auftreten, wenn ein Verkehrsgebilde vorliegt, das vom Standpunkte der Rechtsordnung aus eines Sicherungsmittels bedarf. In diesen Fällen, die richtiger Methode nach zweifellos für das Wesen der Conventionalstrafe als massgebend erachtet werden dürfen, muss auch in Bezug auf römisches Recht gesagt werden können, dass die Conventionalstrafen von der Rechtsordnung gewollt sind, und dass die Contravention vom Standpunkt der Rechtsordnung aus strafbar ist, obgleich die Verwirkung der Strafe an die Bedingung eines Strafversprechens geknüpft worden ist. Wären die in den fränkischen Urkunden enthaltenen Bussen wirklich gesetzliche Strafen, so wäre demgemäss allerdings der Unterschied derselben von der römischen Conventionalstrafe in practischer Hinsicht selbstredend anzuerkennen, aber auch dann wäre, insofern an die typische Anwendung der letztgenannten Strafe gedacht wird, der Unterschied als ein nur technischer zu charakterisiren.

Sodann ist eine eigenthümliche Erscheinung des altgermanischen Rechts hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der abstracten und der concreten Rechtsnormirung ausser Acht gelassen. Es ist die dem altgermanischen Rechte innewohnende Tendenz, kraft welcher die Parteien, wenn sie unter sich Recht schaffen wollen, d. h. wenn sie Rechtsgeschäfte vornehmen, sich unmittelbar auf das objective Recht berufen: es geht die Tendenz dahin, dass den Parteien ihr ganzes Verfahren — nicht nur insofern es sich als ein typisches darstellt, sondern sogar insofern die concreten Motive zur Vornahme des Rechtsgeschäfts nebenbei zum Ausdruck gelangen — als ein mit dem objectiven Recht übereinstimmendes und von ihm besonders gebilligtes, bezw. gewolltes erscheint. Das Rechtsgeschäft erhält hierdurch eine besondere Weihe, die den Rechtsgeschäften des römischen Rechts fremd ist. Der Unterschied zwischen der Legal- und der Privatdisposition im gewöhnlichen Sinne, wenn dieser Unterschied mit dem römischen verglichen wird, erscheint daher im altgermanischen Rechte erheblich abgeschwächt. Es mag hier

nur an zwei Thatsachen, die diese Abschwächung hinreichend charakterisiren, erinnert werden. Erstens kommt sie dadurch zum Vorschein, dass der Kreis der Rechtsfolgen, die durch Parteiwillen hervorgerufen werden können, demjenigen der gesetzlichen Rechtsfolgen principiell gleich ist. Alle gesetzlichen Rechtsfolgen, sogar die schwersten Strafen, können auch im Wege der Privatdisposition versprochen werden [1]). Das altgermanische Recht weist hier wie sonst auf eine frühere Entwickelungsstufe, als das einigermassen ausgebildete römische Recht hin. Was dort nur in einzelnen Spuren aus früherer Zeit nachgewiesen werden kann, steht hier noch in voller Blüthe. Sodann gelangt in Bezug auf die Structur der Thatbestände — die hier von besonderem Interesse ist — der Gegensatz zwischen römischem und germanischem Rechte nach der bezeichneten Richtung hin, z. B. bei den Veräusserungsgeschäften, zu einem prägnanten Ausdruck. Das römische Privatrecht stellt das freie Verfügungsrecht kraft Einzelwillens als Princip auf: wenn das subjective Recht einmal da ist, erscheint die Verfügung über den Inhalt oder Gegenstand desselben, d. h. das Veräusserungsgeschäft, als eine von dem objectiven Recht unabhängige, durch den Parteiwillen ins Leben gerufene Ursache neuer Rechtsfolgen. Germanischer Anschauung nach beruht das Veräusserungsgeschäft unmittelbar auf dem objectiven Recht, wie es als Rechtsbewusstsein zum Vorschein kommt. Besonders wenn es sich um Liegenschaftsveräusserungen handelt, scheint es, als ob die Veräusserung selbst in dem concreten Falle von dem objectiven Rechte positiv gebilligt werden müsste. Der Unterschied zwischen dem, was das Gesetz sagt, und dem, was die Parteien nach ihrem Belieben bestimmt haben, wird lange nicht als ein solcher Gegensatz gedacht, wie es im römischen Recht der Fall ist.

Wenn nun die Strafklauseln als blosse Erinnerungen an die gesetzliche Strafe charakterisirt werden, so ist dies nur in dem Sinne richtig, in welchem auch sonstige Verabredungen im altgermanischen Rechte auf dem Gesetze beruhen. Die

---

[1]) Vgl. *Brunner*, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes. Gesammelte Aufsätze. Stuttg. 1894. S. 467.

Spuren der Legaldisposition, die nachgewiesen werden können, sind aus der allgemeinen Tendenz des germanischen Rechts, kraft welcher Legal- und Privatdisposition in einander fliessen, zu erklären, und geben zu der einseitigen Hervorhebung der Legaldisposition keinen hinreichenden Anlass. Darauf, dass die Formeln und Urkunden sich hier und da auf das „Gesetz" berufen, ist durchaus kein besonderes Gewicht zu legen, zumal weil ein derartiges Allegiren bei den Strafklauseln nur ganz vereinzelt vorkommt.

Dass die Auffassung, welche in den Bussen gesetzliche Strafen erblickt, mit dem Gesammteindruck, den man von den Urkunden gewinnen muss, im Widerspruch steht, kann nicht bestritten werden. Zunächst fällt es auf, dass der Betrag der Busse regelmässig ganz willkürlich bestimmt wird [1]). Die Bedeutung dieser Thatsache für die Natur der Bussen darf nicht zu niedrig veranschlagt werden: es ist ja durchaus unwahrscheinlich, dass die Parteien auf eine gesetzliche Strafe haben hinweisen wollen, deren Betrag sie nicht kannten, oder dass sie auf einmal das Gesetz allegiren und von seinen Satzungen bewusster Weise haben abweichen wollen. Ein derartiges Verfahren wird um so unwahrscheinlicher, wenn man in Erwägung zieht, dass das Bestreben der Parteien eben dahin geht, dass das Rechtsgeschäft nach allen Richtungen hin im Einklang mit dem Gesetze stehen soll. Bei der hierdurch gegebenen Schwäche des Unterschieds zwischen Legal- und Privatdisposition fallen die willkürlichen Bestimmungen über den Betrag der Busse zu Gunsten der Ansicht, die in den Strafdrohungen Privatdispositionen erblickt, schwer ins Gewicht.

Vor allem aber muss hervorgehoben werden, dass die Legalquellen den Thatbestand, wie ihn die Urkunden voraussetzen,

---

[1]) Die Willkürlichkeit tritt in dem Gebrauch eines Blankettwortes, wie in den fränkischen Formeln gewöhnlich ist, deutlich zu Tage. Auch sonst würde es vergeblich sein, in den Bestimmungen über den Betrag der Bussen irgend ein System zu entdecken. Eine Ausnahme hiervon bildet nur die poena duplae. Bemerkenswerth erscheint etwa noch das auri untias 3 (2), argenti pondera 5 in den *Form. Augien* Coll. B. Nr. 21, 34, 36, 37, 42. In den ravennatischen Papyri findet sich häufig ein Betrag von 6 Unzen. Vgl. *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht S. 533 ff.

streng genommen, nicht kennen. Es ist zuzugeben, dass der Thatbestand, den die in den Urkunden enthaltenen Strafdrohungen voraussetzen, einen Angriff von thatsächlicher Art regelmässig mit umfasst, obwohl sich dies aus dem Wortlaut der Klauseln nicht überall unzweifelhaft ergiebt [1]). Allein jene Strafdrohungen setzen auch die Richtung des Delicts gegen ein *Rechtsgeschäft* voraus und unterscheiden sich hierdurch von den in den Volksrechten aufgestellten Thatbeständen. Insofern sich diese nur auf die gewaltsame Störung von Eigenthum u. s. w. beziehen, liegt der Unterschied auf der Hand. Aber auch in den Bestimmungen der Volksrechte, welche die ungerechte Klageerhebung unter Strafe stellen, darf man nicht einen mit den in den Urkunden beschriebenen Delicten identischen Thatbestand erblicken [2]). Das Angriffsobject ist in dem einen Falle das Rechtsgeschäft, in dem anderen nicht nur das Recht, bezw. die Ehre des Beklagten — was schon eine Verschiedenheit constituiren würde —, sondern auch die Zweckbestimmung der

---

[1]) Gewöhnlich werden Ausdrücke gewählt, die sich sowohl auf einen rechtlichen als auf einen thatsächlichen Angriff beziehen. Ziemlich vereinzelt kommt es vor, dass nur die eine Seite hervorgehoben wird, wie in dem *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay* Nr. 91: contra hanc cartulam istam venditionem (statt vindicationem) inferre voluerit . . . . . und Nr. 93: vim inferre aut inquietare voluerit . . . . . .

[2]) Bei *Löning* a. a. O. S. 566 heisst es: „Das ältere deutsche Recht gewährt die gerichtliche Klage nur Demjenigen, *dessen geltend zu machender Anspruch auch thatsächlich begründet ist*". Richtiger wäre dies wohl so zu formuliren, dass das ältere deutsche Recht von der Anschauung ausgeht, dass, wenn der Anspruch des Klägers abgewiesen wird, auch die Erhebung der Klage schon ein Unrecht war. Es kann aber hinzugefügt werden, dass die Sache, von der Strafsanction abgesehen, nicht anders liegt als im römischen Recht. Weder das römische noch das germanische Recht haben den materiellen Anspruch von dem Recht auf Gericht getrennt: beides ist unter der actio bezw. der Klage zu verstehen. Wenn nun in dem Process über den materiellen Anspruch geurtheilt werden soll, so wird unwillkürlich auch das Recht auf Gericht ein Gegenstand des Urtheils. Wenn ferner der Anspruch des Klägers nicht gerecht erscheint, sondern ihm vielmehr ein Unrecht und zwar ein strafbares Unrecht zur Last fällt, so wird das materielle Unrecht auch auf die Klageerhebung erstreckt, die demgemäss auch strafwürdig erscheint. Dies ist nun zwar ein Hysteronproteron, allein die Naivetät ist nicht grösser, als sie jener alten Zeit zugeschrieben werden kann.

Gerichtsorganisation, kraft deren diese nur im Dienste des Rechts stehen soll. Der Thatbestand, welcher in den Strafklauseln vorausgesetzt wird, wird daher durch keinen gesetzlichen Thatbestand völlig gedeckt [1]). Die Parteien haben nicht nur eine neue Rechtsfolge — eine Busse von beliebigem Betrag —, sondern auch einen neuen Thatbestand geschaffen — ein Delict, dessen specifisches Angriffsobject das Rechtsgeschäft ist —; beides freilich in dem (richtigen) Glauben, dass dies mit dem objectiven Rechte, d. h. dem Rechtsbewusstsein der Volksgenossen übereinstimme. Darin ist Löning beizupflichten: „strafbar waren die hier in Betracht kommenden Handlungen nach Sinn und Geist des Volksrechts." Wenn man aber mit dieser Einsicht die Privatdisposition verneint, oder dieselbe doch auf Ergänzung von Lücken und Mängeln des Gesetzes beschränkt, so liegt hierin eine Verneinung des Daseins von gewillkürten Strafen in dem altgermanischen Recht überhaupt, bezw. in der zweiten Behauptung, die kaum mit den sonstigen Aeusserungen Löning's im Einklang stehen möchte, immerhin eine Verkennung des wahren Verhältnisses zwischen der abstracten und der concreten Rechtsnormirung, wie es oben angegeben worden ist.

Dies alles wird noch deutlicher, wenn man den Thatbestand der Strafklauseln nach einer anderen Seite hin untersucht. Es kann nämlich in Frage gestellt werden, ob der Thatbestand immer ein delictischer sei — auch nur in dem Sinne, dass die Handlung, durch welche das in den Strafklauseln enthaltene Verbot übertreten wird, eine Verletzung des Rechtsbewusstseins enthält. Wenn dies etwa unter Umständen verneint werden müsste, so könnte selbstverständlich

[1]) Unter den von *Löning* (S. 563, 570 ff.) angeführten Stellen kommt u. E. eigentlich nur die l. Rib. Tit. 57 §§ 1—3, Tit 58 §§ 5—7, Tit. 59 §§ 1—3, 7 in Betracht. Die erste Stelle betrifft immer nur einen einzelnen Fall, die übrigen, deren Auslegung zweifelhaft ist, enthalten zum mindesten nicht den reinen Thatbestand der Strafklauseln. Sodann ist ja nicht zu bestreiten, dass, wenn z. B. eine ungerechte Klage um Gut angestrengt wird, die gesetzliche Strafe wegen ungerechter Klageerhebung auch dann eintritt, wenn die Klage sich als Anfechtung eines Rechtsgeschäfts qualifizirt. Nur ist dieser Fall in den Volksrechten der Regel nach nicht hervorgehoben, während er in den Urkunden durchgängig erwähnt wird.

von einem gesetzlichen Thatbestand nicht mehr die Rede sein. Der Zweck der Klauseln geht nun gewissermassen, wie aus dem Wortlaut derselben unmittelbar zu entnehmen ist, darauf hinaus, dass das Rechtsgeschäft von jeder Anfechtung, der befugten, wie der unbefugten, sichergestellt werden soll. In dieser Ausdehnung ist ein Anfechtungsverbot selbstredend vom Standpunkte der Rechtsordnung aus eine exorbitante Erscheinung, ja das Anfechtungsverbot überhaupt ist, insofern es die Erhebung einer Klage zu verhindern bezweckt, kein Gegenstand, der der Privatdisposition im gewöhnlichen Sinne unterworfen ist. Wenn aber dennoch hierüber in unmittelbarem Zusammenhange mit der materiellen Vereinbarung verhandelt, bezw. entschieden wird, so entsteht wiederum zweifelhaftes Recht. Der Thatbestand der Strafklauseln bietet in dieser Hinsicht eine interessante Analogie mit einem der Thatbestände dar, die den Verfall der Conventionalstrafe bei dem compromissum, der transactio und dem pactum de non petendo des römischen Rechts bewirken. Der Unterschied liegt darin, dass, weil im römischen Recht das Fundament der Strafe eine obligatorische Gebundenheit ist, sich die durch die Pönalstipulation geschaffene Norm nur an den Vertragsgegner richten konnte, während im germanischen Rechte, wie sogleich nachgewiesen werden soll, das Fundament ein durch ein Rechtsgeschäft geschaffenes dingliches Recht ist, dessen Richtung gegen einen unbestimmten Kreis von Personen der für die Strafe vorauszusetzenden Norm eine entsprechende Ausdehnung giebt oder zu geben versucht. Diese Tendenz wird dann durch eine Strafsanction kraft Privatdisposition im engeren Sinne unterstützt. Hier ziehen wir nur den Schluss, dass, weil ein Anfechtungsverbot als solches, wie es der Tendenz nach in den Urkunden enthalten ist, über den möglichen Inhalt einer gesetzlichen Norm hinausgeht, die Bussen nicht als gesetzliche Strafen angesehen werden können.

§ 4.

Die Privatdisposition und das Fundament der Strafe.

Der allgemeine Begriff, unter welchen sowohl die fränkischen Strafklauseln als die römischen Conventionalstrafen zu-

nächst subsumirt werden müssen, ist der Begriff einer Privatdisposition im engeren Sinne des Wortes, d. h. einer Form für die Betheiligung der „Einzelnen“ an der Rechtsbildung. Und zwar bezwecken beide nicht materielle Rechtsschöpfung, sondern formale, nämlich Sicherung von Verkehrsgebilden. Diesem Zweck entspricht die Schwäche der Fundamente, bezw. dass diese sich als Privatdispositionen i. e. S., die materielle Rechtsschöpfung bezwecken, herausstellen. Hierüber ist oben bei der Darstellung der Function der römischen Conventionalstrafe das Nöthige gesagt. Die Privatdisposition tritt aber in den fränkischen Strafklauseln begrifflich um einen Grad reiner hervor, als in den römischen Conventionalstrafen, denn scheinbar sind diese durch den allgemeinen Vertragsbegriff gedeckt, während im germanischen Recht ein Vertrag zu Lasten Dritter oder sogar eine einseitige Willenserklärung, durch welche Dritten bestimmte Pflichten, bezw. Strafen wegen deren Verletzung auferlegt werden, vorzuliegen scheint. Die Kehrseite zu diesem intensiveren Hervortreten der Privatdisposition ist freilich die, dass die practische Bedeutung, d. h. die Realisirbarkeit der Strafdrohungen gemindert wird, was vor allem in ihrer Richtung an jeden Dritten begründet ist; an diesem Punkt muss daher die weitere Untersuchung einsetzen.

U. E. ist es möglich, die Erweiterung des Kreises der durch die Strafen bedrohten Personen zu erklären, ohne dass es nöthig wäre, in den Bussen gesetzliche Strafen zu erblicken. Es muss erstens die Frage aufgeworfen und beantwortet werden, ob die Norm an ein Rechtsverhältniss von der Art angeknüpft ist, dass ihre Geltung Dritten gegenüber irgend einen Sinn hätte [1]). Löning macht hier folgende Bemerkung: „Ueberall

[1]) Zum Folgenden vgl. *Löning* a. a. O. S. 76, wo Andeutungen in ähnlicher Richtung gegeben sind, ohne dass sie jedoch in entscheidender Weise zur Construction der Strafklauseln verwerthet werden. Die Grundanschauung *Löning*'s scheint solcher Anwendung im Wege gestanden zu haben. Wenn die Bussen einmal als gesetzliche Strafen hingestellt sind, so liegt keine Veranlassung vor, das Analogon dessen, was wir oben das Fundament der Conventionalstrafe genannt haben, hier besonders zu untersuchen. Wenn daher die Fundamente der Strafdrohungen von *Löning* gelegentlich als absolute Rechte charakterisirt werden, so wird dies nicht näher verwerthet, sondern vielmehr aus dem gesetzlichen Charakter der

(aber) ist es nicht die Verletzung des begründenden Vertrags oder sonstigen Rechtsgeschäfts an sich, sondern diejenige des durch letzteres begründeten *Rechtszustandes*, welche durch die Strafe getroffen werden soll." (Löning a. a. O. S. 562). Dies scheint uns nicht richtig, und wir haben schon oben dagegen Einwand erhoben. Ueberall ist vielmehr die Strafdrohung in erster Linie auf ein dem Vertrage oder dem Rechtsgeschäfte zuwiderlaufendes Verfahren oder Verhalten gemünzt. Das Fundament der Strafe ist hier wie regelmässig bei der römischen Conventionalstrafe ein Vertrag oder ein Rechtsgeschäft: die Contravention ist *Vertragsbruch*. Allerdings ist zuzugeben, dass das Angriffsobjekt der mit Strafe bedrohten Handlungen den durch das Rechtsgeschäft begründeten Zustand mit umfasst, allein dies Zugeständniss hat nur den Sinn, dass germanischer Anschauung nach zwischen diesem Zustande, der eben den Begriff und das Wesen des subjectiven Rechts ausmacht, und dessen Entstehungsgrund, als welcher a potiori das Rechtsgeschäft zu nennen ist, nicht ein solcher Gegensatz vorliegt, wie es nach römischen Anschauungen der Fall ist. Die Abschwächung dieses Gegensatzes folgt schon daraus, dass germanischer Anschauung nach auch das Rechtsgeschäft der Weihe des subjectiven Rechts theilhaftig ist, muss aber hier in Bezug auf die Fundamente der absolut gefassten Strafdrohungen näher verfolgt werden. Es ist davon auszugehen, dass das subjective Recht in gewissen Fällen im römischen Rechte von dem dasselbe begründenden Rechtsgeschäft abgelöst, im altgermanischen Rechte in den entsprechenden Fällen mit diesem als in untrennbarem Zusammenhange stehend erscheint. Wenn durch Vertrag begründete dingliche Rechte verletzt werden, so giebt das römische Recht Klagen, die auf einem anderen Fundament ruhen als auf den Verträgen, die jene Rechte begründet haben, das germanische Recht aber giebt auch hier sozusagen die Contractsklage, also eine

---

gegen Jedermann gerichteten Strafdrohungen die Folgerung gezogen, dass auch die relative Strafklausel eine gesetzliche Strafe enthält (a. a. O. S. 77). In der Abh. über die Strafklauseln wird der Unterschied zwischen absoluten und relativen Rechten als Fundamenten von Strafdrohungen nicht angedeutet.

Contractsklage, die gegen jeden Dritten geht. Der Vertrag des germanischen Rechts wirkt hier als Entstehungsgrund subjectiver Rechte in diesen derartig fort, dass eine Verletzung jener Rechte als Vertragsverletzung erscheint. Knüpfen wir an gewöhnliche Kategorien an, so lässt sich der Unterschied auf die Thatsache zurückführen, dass gewissen Verträgen, die im römischen Rechte nur obligatorische Wirkungen haben, im germanischen Rechte eine dingliche Wirkung zugeschrieben werden muss [1]).

Die Frage nach dem Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten wurde früher vielfach mit der anderen nach dem Unterschiede der betreffenden Thatbestände complicirt. Es wurde für das römische Recht der Grundsatz aufgestellt, dass der Vertrag nur Wirkungen zwischen den vertragsschliessenden Parteien haben könne, eine Regel, die vielfach auch als ratio scripta galt. Die Regel ist u. E. für das römische

---

[1]) Auf den begrifflichen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten ist hier nicht einzugehen. U. E. drängt alles auf die Festlegung einer Terminologie hin, freilich einer derartigen, von welcher man sich einigen Nutzen für die Systematik versprechen kann. Gesetzt, dass die dinglichen Rechte als Sachenrechte zu bezeichnen sind, so ist dies in terminologischer Hinsicht durchaus zu empfehlen. Glaubt man aber, dass das eine Errungenschaft sei, durch welche man endlich von der „Verfolgbarkeit Dritten gegenüber" los wäre, so ist dies wiederum ein Irrthum, denn es ist nicht abzusehen, wie man mit jenem Recht zur Sache ein System des Privatrechts aufbauen sollte. Jedenfalls ist etwas derartiges nicht einmal versucht worden. Freilich kann die gewöhnliche Eintheilung, wie es neuerdings sowohl von romanistischer als von germanistischer Seite (*Regelsberger*, Pand. I §§ 50, 51, *Gierke*, Deutsches Privatrecht I § 29) geschehen ist, in zwei zerlegt werden, was in terminologischer Hinsicht gleichfalls nützlich ist, aber die beiden Eintheilungen müssen doch wiederum zu einander in Beziehung treten und rufen dann nach bekannter logischer Figur vier Eintheilungsglieder hervor. Demgemäss wäre das dingliche Recht im gewöhnlichen Sinne als ein absolutes Recht zur Sache zu bestimmen. Das „absolut" muss dahin verstanden werden, dass das dingliche Recht in dem Sinne gegen Jedermann geht, dass das verpflichtete Subject bei der Entstehung des Rechts noch unbestimmt ist. Dass der Berechtigte einem Näherberechtigten weichen muss, schliesst die Dinglichkeit nicht aus, sondern schränkt sie nur ein, wie dies auch im römischen Recht vorkommt. (Vgl. *Gierke* a. a. O. S. 258 Anm. 6.)

Recht hinsichtlich einer Reihe der wichtigsten Verträge, wie der emtio venditio, locatio conductio u. s. w. mit der seit Alters her unbedingt herrschenden Ansicht als richtig anzuerkennen [1]). Zwar ist zuzugeben, dass die Ansicht, nach welcher der obligatorisch Berechtigte in diesen Fällen Dritten gegenüber *schutzlos* sei, nicht aufrecht erhalten werden kann, aber es muss hervorgehoben werden, dass im römischen Recht dieser Schutz Dritten gegenüber nicht auf den Vertrag zurückgeführt worden ist. Jener Schutz kann daher nicht als eine Wirkung des Vertrages bezeichnet werden. In den von Jhering [2]) angeführten Fällen, in welchen dem Käufer oder Miether ein Schutz gegen Dritte gegeben wird, können wir nicht einmal wahre Ausnahmen von der Regel erblicken. Jhering hebt hervor, dass die betreffenden Klagen gegen Dritte sich in diesen Fällen auf das *Interesse* des Käufers u. s. w. gründen. Wenn dem so ist, dann liegen zwei Einwände nahe, einmal dass die römischen Juristen keineswegs das Interesse gleich Recht setzen, und sodann dass dies Interesse nicht als ein Moment des Forderungsrechts des Käufers u. s. w. gedacht wird. Die Klage, welche z. B. dem Pächter gegen denjenigen qui fructus stantes subripuerit gegeben wird (l. 26 § 1 D. de furtis 47. 2), ist ja die actio furti. Ebensowenig wie diese Klage, wenn der Kläger Eigenthümer ist, aus dem Eigenthumsrechte hervorgeht, ebensowenig kann sie in diesem Falle in dem Rechte begründet sein, welches die locatio conductio giebt.

Immerhin zeigen gewisse Rechtsgebilde auch im römischen Recht, dass Interessen, welche sich um ein bestimmtes Privatrecht gruppiren und theilweise in ihm enthalten sind, theilweise ausserhalb desselben liegen, in der Weise vereinigt vorkommen können, dass sie nach der einen Seite hin nur gegen eine bestimmte Person, nach der anderen gegen Jeden geschützt erscheinen. Bei dem Actionensystem des römischen Rechts geben derartige Erscheinungen jedoch keine

[1]) Hinsichtlich des Kaufes werden jedoch vielfach Mittelbegriffe aufgestellt, vgl. z. B. *Stintzing*, Jahrb. f. Dogm. X S. 196: „mehr als ein Forderungsrecht und weniger als ein dingliches Recht."

[2]) Jahrb. f. Dogm. XXIII S. 286 ff.

Veranlassung, von dinglich geschützten Obligationen oder von den Wirkungen obligatorischer Verträge gegen Dritte zu sprechen.

Wenn aber, wie im germanischen Rechte, von einem Actionensystem keine Rede sein kann, und demgemäss die technische Ausprägung der einzelnen subjectiven Rechte als eine sehr schwache charakterisirt werden muss, dann liegt es nahe, die beiden Richtungen des Rechtsschutzes auf dieselben rechtsbegründenden Thatsachen — das Rechtsgeschäft oder das Delict — zurückzuführen [1]). Dies ist der Standpunkt des alt-

[1]) Das objective Recht ist hier nicht ein Product der Gesetzgebung oder Quasigesetzgebung wie etwa der rechtsbildenden Thätigkeit der römischen Prätoren, sondern wird wesentlich als *Rechtsbewusstsein* gefasst. Der Schwerpunkt der concreten Rechtsnormirung liegt daher nicht in der Legaldisposition, sondern das concrete Recht wird in dem Urtheil „gefunden", freilich wiederum durchaus in dem Sinne, dass das gefundene Recht mit dem Rechtsbewusstsein übereinstimmen soll. Es wird Rechtsschutz gegeben, nicht weil das Gesetz einmal den Typus geschaffen hat, dessen Voraussetzungen in der Person des Klägers jetzt vorliegen, sondern weil das Rechtsbewusstsein jetzt den Anspruch des Klägers gerecht findet. Der Formalismus des altgermanischen Rechts hat nicht Typen wie die römischen Actionen zu begründen vermocht. Der germanische Geschäftsformalismus verfolgt andere Zwecke als der römische, was hier freilich nicht auszuführen ist. So hat z. B. die Oeffentlichkeit, wenn sie als Form des Rechtsgeschäfts erscheint, hier eine andere und weitere Bedeutung als im römischen Recht. Man denke an die Beispruchs- und Retractsrechte, deren Ausübung durch diese Form gesichert werden soll. In dem germanischen Recht giebt es keine actio, die sich zwischen die durch das Gesetz gegebene abstracte Rechtsnormirung und das durch den erkennenden Richter gefundene concrete Recht einschiebt, das ganze Rechtsleben gliedert und dem subjectiven Recht als Typus nach beiden Seiten hin — nach der Seite der abstracten wie der im strengsten Sinne concreten Norm — seine Abgrenzung giebt. In dem germanischen Volksgericht wird Rechtsschutz gegeben, nicht weil die concrete Norm als Typus — als actio — da ist, sondern in dem Recht geschaffen wird. Recht aber wird nicht der Einzelnen, sondern der Gesammtheit willen geschaffen. Das concrete Recht, das von dem Gericht gefunden wird, ist nicht nur das Recht eines Einzelnen — des mit seinem Anspruch durchdringenden Klägers — sondern auch das Recht der Gesammtheit. Diese ist an jedem Rechtsstreit unmittelbar betheiligt. Vgl. *Degenkolb*, Einlassungszwang S. 108. Die practische Veranlassung des Processes und des Urtheils ist die Rechtswidrigkeit, und diese fordert im altgermanischen Recht unwillkürlich zur Vergeltung, Ahndung, Strafe heraus, eben weil

germanischen Rechtes, und zwar in der Weise, dass einerseits der Vertragsbruch als Delict behandelt wird, andererseits das Delict, wenn es die durch das Rechtsgeschäft begründeten Interessen verletzt, gerade gegen das Rechtsgeschäft selbst gerichtet zu sein scheint. Daher muss, wenn das Delict auch von jedem Dritten begangen werden kann, dem Rechtsgeschäft eine Wirkung gegen Jedermann beigelegt werden. Es wird durch das Rechtsgeschäft ein Interesse des Berechtigten geschaffen, das auf Ungestörtsein Dritten gegenüber, bezw. auf Verfolgbarkeit gegen Jeden Anspruch erhebt. Das Interesse wird durch jenen Anspruch zu einem dinglichen Recht. Ein solches Recht entsteht nun vor Allem durch den Vertrag über individualisirtes Gut, insofern er ein Veräusserungsgeschäft enthält. Der Gegensatz zwischen dem Veräusserungsgeschäft als solchem und der Investitur hat nicht die Bedeutung, dass durch das erste ein obligatorisches, durch die letzte ein dingliches Recht entstehen sollte [1]). Mit dem vollzogenen Kaufe geht Eigenthum über, ohne dass zwischen der (obligatorischen) causa und dem (dinglichen) Eigenthumserwerbe ein Unterschied besteht. Die

---

die „ungreifbaren" Interessen der Gesammtheit in der Person des Klägers verletzt erscheinen. Es soll nicht nur der Einzelne die compositio bekommen, die seiner Kränkung entspricht, sondern man will auch den elementaren Gefühlen und Vorstellungen von Rache, Sühne u. dgl., welche die Rechtswidrigkeit in einem Volke, dessen Recht ein *Rechtsbewusstsein* ist, hervorrufen muss, durch eine Busse an die Gesammtheit gerecht werden. Daher die oft bemerkte überwiegende Anwendung der *Strafe* als Rechtsschutzmittel. Die im Processe relevanten Thatsachen werden als Delicte gefasst und dementsprechend die Rechtsfolgen als Strafen.

[1]) Grundlegend hierüber sind bekanntlich die Ausführungen von *Sohm*, Das Recht der Eheschliessung S. 78 ff. Die von *Brunner* (Jenaer Litt. Z. 1876 S. 499) vorgeschlagene Formulirung, nach welcher das Rechtsgeschäft (der Kauf u. s. w.) das Rechtsverhältniss nur nach Innen begründet, während die Wirkung nach Aussen (Dritten gegenüber) auf die Investitur zurückzuführen sei, ist u. E. nicht beizupflichten, insofern damit verneint werden soll, dass schon dem Rechtsgeschäft (bezw. dem Vertrag) eine Tendenz zur Wirkung Dritten gegenüber innewohnt (vgl. die Citate von Code civ. Art. 1583, a. a. O. Anm. 4). Insofern dagegen nur gesagt werden soll (vgl. a. a. O. dem Text zu Anm. 5 nebst dieser Anm.), dass die Befugniss, die Sache nach Aussen zu vertreten (etwa im Process), erst durch die Investitur auf den Käufer übergeht, dürfte kein Einwand zu erheben sein.

prägnante Formulirung dieses Gedankens findet sich bei Sohm, Das Recht der Eheschliessung, S. 79: „Das deutsche Sachenrecht ist in seinen Grundlagen mit dem deutschen Contractsrecht identisch. Der Vertrag über Leistung eines individuell bestimmten Gegenstandes (certa species) hat nach deutschem Recht nicht blos Contractswirkung (Verpflichtungswirkung), sondern zugleich unmittelbare dingliche, d. h. Erwerbswirkung, ist nicht bloss Contract im Sinne des römischen Rechts (bloss obligatorischer Vertrag), sondern Titel (dinglicher Vertrag), gewährt nicht bloss ein persönliches Forderungsrecht gegen den Versprechenden, sondern direct das dingliche Recht an der Sache („zur Sache") selbst".

Im Einzelnen bleiben freilich über das Verhältniss zwischen Rechtsgeschäft und Investitur viele Zweifel bestehen, was nicht nur in der Dunkelheit der Quellen, sondern auch in der thatsächlich in dem Gegenstand selbst liegenden Unsicherheit seinen Grund hat: es darf nicht vorausgesetzt werden, dass ganz klare und genau ausgeprägte juristische Begriffe gegolten haben, die nur zu entdecken wären, sondern die Schwierigkeiten der heutigen Geschichtsforschung waren damals Schwierigkeiten des Rechtslebens selbst. Für unseren Zweck aber — die Untersuchung der Fundamente der absolut gefassten Strafklauseln — genügt es, dass die Ausführungen Sohm's ihrem Grundgedanken nach richtig sind[1]). Wenn Sohm für den Beweis seiner Ansicht sich auf „das gesammte Urkunden- und Formel-Material der fränkischen Zeit" beruft[2]), so wird allerdings u. E. die Beweiskraft dieses Materials durch den Umstand, dass es sich um Urkunden, nicht um die Uebereignungsgeschäfte des reinen germanischen Rechts handelt, einigermassen abgeschwächt. Als

[1]) Gegen Sohm auch *Stobbe*, Handbuch III S. 153 Anm. 11: „Nirgends tritt uns in den Quellen die Auffassung entgegen, dass bereits der Contrakt Eigenthum übertrage." Dies scheint im schroffen Gegensatz zu der Ansicht *Sohm's* zu stehen; aber wenn man doch mit der Vorstellung von „einem gegen Dritte wirksamen *obligatorischen* Recht" (*Stobbe* a. a. O.) operiren muss, so droht die Controverse wiederum zu einer terminologischen Frage herabzusinken. Uebrigens möchte auch zeitlich zu unterscheiden sein, da die Tendenz nach dinglicher Wirkung in der fränkischen Periode stärker hervortritt als im späteren Mittelalter.

[2]) *Sohm* a. a. O. S. 81.

constitutive Acte können die Urkunden nicht ganz in eine Linie mit den Verträgen des germanischen Rechts, die sie nach der anderen Seite hin nur beurkunden wollen, gestellt werden. Die Schriftform ist zweifelhaftes Uebereignungsmittel[1]). Die Urkunden zeigen zwar eine sehr bestimmte Tendenz, die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf die Schrift und deren Begebung zurückzuführen, aber es ist an sich klar, dass die Urkundenbegebung als Uebereignungsmittel einerseits nicht, ohne auf Widerstand zu stossen, die germanischen Geschäftsformen hat verdrängen können, und andererseits in die juristische Wirkung dieser Geschäftsformen ein Moment der Trübung und Unsicherheit hineingebracht haben muss. Hier setzt die Strafdrohung ein, die sich an Jeden richtet, der die Urkunde hätte bestreiten oder anfechten wollen. Der Umstand, dass die Rechtskraft der Urkunden regelmässig durch eine Strafdrohung unterstützt wird, ist für uns ein Beweis der Schwäche der Disposition, und zwar besteht die Schwäche eben nach der genannten Richtung hin, d. h. in der Wirkung des Rechtsgeschäfts Dritten gegenüber. Immerhin werfen die Ausführungen von Sohm ein neues Licht über die juristische Natur der absolut gefassten Strafklauseln, indem die Fundamente der Strafdrohungen sich als dinglich wirkende Rechtsgeschäfte herausstellen, was jetzt näher darzulegen ist.

Die hierhergehörigen auf uns gekommenen Urkunden beziehen sich bekanntlich fast ausschliesslich auf Uebereignungsgeschäfte von Immobilien und liefern daher für die Vergleichung der verschiedenen Rechtsgeschäfte ein spärliches Material. Dagegen zeichnen sich die fränkischen Formelsammlungen durch die grosse Mannigfaltigkeit der Geschäftstypen aus, und sie sind daher in erster Linie heranzuziehen. Es ist davon auszugehen, dass das reine Schuldversprechen — der Vertrag um

[1]) Vgl. *Sohm*, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte I Germ. Abth. S. 32 Anm. 44: „Wie die investitura selber, so ist auch der Gegensatz von traditio und investitura (hervorgegangen aus der Anschauung von der rechtlich unvollkommenen Kraft der blossen Schrift) dem fränkischen Recht eigenthümlich und erst vom fränkischen Recht auf die andern Rechte übertragen.“ Die Unsicherheit der Urkundenbegebung als Uebereignungsmittel ist in diesen Worten anerkannt.

Schuld — nicht als taugliches Fundament jener eigenthümlichen Strafdrohungen erscheint. Demgemäss findet sich in den cautiones nur die gewöhnliche Conventionalstrafe. Die Klausel lautet z. B.

> *Form. Andecav.* Nr. 38: Et si exinde de ipsa opera aut de ipsas res ad ipso placito necligens aut tardus fuero, aut volumtate vestra exinde non abuero, tunc me constat res vestras in dupplum debiam esse redituras, aut vobis, aut cui caucione ista dederis ad exagenda. Vgl. Nr. 60, *Form. Marc.* II Nr. 25, Nr. 26, Nr. 27, *Form. Turon.* Nr. 13 App. Nr. 1 *Cart. Senon.* Nr. 3.

In keiner von den in den fränkischen Formelsammlungen enthaltenen cautiones findet sich die absolut gefasste Klausel [1]).

Ein Vertrag um Schuld, bezw. ein Schuldversprechen ist ferner das Versprechen von census bei der fränkischen Landleihe, die unter dem Namen precaria bekannt ist. Dem Versprechen des Beliehenen zur Zahlung von census wird die absolute Klausel nicht hinzugefügt, sondern die Rechtsfolge des Zinsversäumnisses wird z. B. in folgender Weise formulirt:

> *Form. Merk.* Nr. 7: et si de ipso censo neglegens aut tardus apparuero, fidem vobis vel partibus ipsius ecclesiae faciam vel transsolvam, et suprascriptam rem non perdam [2]). Vgl. *Form. Turon.* Add. Nr. 3; *Form. Bign.* Nr. 21, 22; *Form. Merk.* Nr. 5, 6, 8, 33, 34,

---

[1]) Dagegen allerdings in der ‚cautio', *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay* Nr. 62: Infra istas terminaciones ipsam algiam vobis inpignoramus pro solidos VI infra annos III; eo tenore ut dum expleti fuerint, si ipsos solidos vobis reddimus, ipsam vineam recipianus, etsi non pro ipso conventu stet; quod fieri minime credimus, si nos aut hullus homo hauc cautionem infranyere voluerit, auri uneia una componat, et in autem firma et stabilis permaneat cum stipulatione subnica. Allein die absolut gefasste Klausel bezieht sich hier selbstredend auf die Verpfändung, also auf einen Vertrag um Gut.

[2]) Ueber das fidem facere vgl. z. B. *Löning* a. a. O. S. 21, *Sohm*, Das Recht der Eheschliessung S. 42 ff., *Franken*, Französisches Pfandrecht I S. 221 Anm. 2, *Heusler*, Institutionen II S. 239.

35, 36; *Form. Lindenb.* Nr. 3; *Form. Aug.* B. Nr. 37; *Coll. Flav.* Add. Nr. 3 [1]).

Dagegen findet sich allerdings die absolut gefasste Klausel zum Schutz des Eigenthumsrechts des Verleihers [2]).

Ferner wird die absolut gefasste Klausel regelmässig in den Mandatformeln vermisst. Eine solche lautet z. B.

> *Form. Andecav.* Nr. 48: Rogo, preco, supplico atque iniungo per hunc mandatum ad vicem meam hominem nomen illo, quem ego beneficium ei feci argento uncias tantas, ipsum meum ubi et ubi eas vel meas prosequere et admallare et adcausare facias, quomodo ipso debite recipere facias; et quiquid ad vicem meam exinde facere voluerit (s), eieris, feceris gesserisve, ethenim me habiturum esse cognusci ratum. Vgl. Nr. 51, 52; *Form. Marc.* II Nr. 31, 38; *Form. Turon.* Nr. 20, 45. Add. Nr. 4, App. Nr. 4; *Form. Bitur.* Nr. 3, 15b; *Cart. Senon.* Nr. 13, 40, App. Nr. 1b; *Form. Senon. rec.* Nr. 10.

Diese mandata sind allerdings nur uneigentlich als Verträge um Schuld zu charakterisiren [3]), allein es ist nicht ausgeschlossen, dass durch die Begebung der Urkunde ein *Auftrag* begründet wird. Wenn dem so ist, dann liegt ein obligatorisches

---

[1]) Vgl. übrigens aus den Urkunden z. B. *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay* Nr. 35, 36, 38; *Cartulaire de l'abbaye de Saint Père de Chartres* I Lib. I c. 2, 3, Lib. III c. 3, 4, 10, 11, 15, Lib. IV c. 4, 7, Lib. V c. 6, Lib. VII c. 11, 42, 64, 72, Lib. VIII c. 20.

[2]) Besonders gilt dies, wenn das Eigenthum von dem Beliehenen früher dem Verleiher übertragen worden war (precaria oblata). In der oben citirten *Form. Merk.* Nr. 7 findet sich die absolut gefasste Klausel: Et si quis vero, quod fieri esse non credo, si fuero ego ipse aut ullus de heredibus meis ac proheredibus vel quislibet homo aut extranea persona, qui contra hauc precariam venire ..... praesumpserit ..... multa componat ..... et quod repetit non vindicet, et haec precaria firma et inlibata valeat permanere. Weil das Eigenthum an den Verleiher durch Kauf von dem Beliehenen gekommen ist, erscheint die absolut gefasste Strafdrohung als nöthig. Sodann lag eine Gefahr für das Eigenthumsrecht des Verleihers eben in der possessio des Beliehenen vor, vgl. z. B. *Cart. Senon.* Nr. 15.

[3]) Vgl. Heusler, Institutionen I S. 204.

Rechtsgeschäft vor, und die absolut gefasste Klausel hat keinen Sinn [1]).

Nach der Fassung dieser typischen Formeln scheint die Folgerung zulässig, dass die Rechtsgeschäfte, insofern sie eine Klage um Schuld begründen, als Fundamente der absoluten Strafdrohungen nicht vorkommen. Als der Zustand, der durch jene Strafdispositionen geschützt werden soll, erscheint dagegen das dingliche Recht, das durch ein Veräusserungsgeschäft begründet worden ist. Die Rechtsgeschäfte, welche gesichert werden sollen, sind zunächst solche, die eine Uebertragung bezw. Veräusserung eines individualisirten Vermögensstückes bezwecken. Hierhergehörig sind daher vor allem die Rechtsgeschäfte des Verkaufes, des Tausches und der Schenkung. Belege sind hier völlig überflüssig, weil die absolut gefasste Klausel sich bei diesen drei Rechtsgeschäften fast durchgängig findet. Zweifellos ist die Anwendung der Strafklauseln in diesen Fällen der Ausgangspunkt für die übrigen Anwendungsfälle gewesen. Dies stimmt auch am besten mit der Entstehung jener Klauseln aus dem Gewährleistungsversprechen überein. Sodann ist hervorzuheben, dass wenn die Urkundenpraxis in der Anwendung von absolut gefassten Strafdrohungen auch vielfach über die eben genannten Rechtsgeschäfte hinausgegangen ist, dennoch die Fühlung mit dem Ausgangspunkt bewahrt zu sein scheint. An die Schenkung schliesst sich eng das libellum dotis [2]), sowie das Testament [3]) und die donatio post obitum [4]) an. Durch die beiden letzteren verfügt der Erblasser zum Nachtheil der Erben über individualisirtes Gut.

---

[1]) In der Mandatsformel: *Cart. Senon.* Nr. 50 findet sich zwar die absolut gefasste Strafklausel, aber dies erklärt sich zur Genüge aus dem Inhalt dieses Mandats, bezw. aus der mit demselben verbundenen traditio omnium rerum seitens des Mandanten.

[2]) Beispiele bieten *Form. Andec.* Nr. 1c, 34, 40, 54; *Form. Turon.* Nr. 14; *Form. Turon.* App. Nr. 2; *Form Bitur.* Nr. 15a; *Cart. Senon.* Nr. 25; *Form. Merk.* Nr. 17; *Form. Lind.* Nr. 7; *Form. Augien.* B. Nr. 24; *Coll. Sang.* Nr. 18.

[3]) Die absolut gefasste Klausel findet sich z. B. in *Form. Marc.* II Nr. 10, 17; *Cart. Senon.* Nr. 42, 45; *Form. Lind.* Nr. 12; *Coll. Flav.* Nr. 8.

[4]) *Form. Marc.* II Nr. 3 (*Form. Aug.* A. Nr. 13) 6; *Form. Turon.* Nr. 1b.

Mittelbar ist das auch der Fall bei der adoptio [1]), durch welche eine Aussicht auf Erbschaft für den Adoptirten eröffnet wird. Die adoptio steht in dieser Hinsicht dem Testament nahe. Sodann gehört hierher die Freilassung, die manumissio per epistolam [2]), die als eine Gabe der Freiheit eine Minderung des Vermögens des Freilassers bewirkt. An die Freilassung schliessen sich die epistolae conculcatoriae [3]). Ferner findet sich die absolut gefasste Klausel mitunter in den cartae compositionales, wenn sie eine Uebereignung von Gütern an den Verletzten zur Abwendung der Strafe enthalten [4]). An die venditio de servo schliesst sich endlich die obnoxiatio an, die vindicio, qui se ipsum vindit [5]).

Wenn die gewöhnlichen Kategorien „Vertrag um Gut“ und „Vertrag um Schuld“ hier angewendet werden sollen, so darf, wie aus der gegebenen Uebersicht hervorgeht, der Vertrag um Gut nicht auf Verabredungen über körperliche Sachen eingeschränkt werden. Es kommt hier die Tendenz zum Vorschein, welche in der älteren gemeinrechtlichen Litteratur zur Ausdehnung der dinglichen Rechte auf persönliche Gewaltverhältnisse führte. Diese Tendenz gilt jetzt für überwunden. Es bleibt aber dabei, dass diese Gewaltverhältnisse das eine Merkmal mit den dinglichen Rechten im heutigen Sinne gemein haben, dass sie wie diese absolute Rechte sind, und eben dies Moment kommt hier in erster Linie in Betracht. Weil sich

[1]) Die absolute Klausel haben *Form. Marc.* II Nr. 13; *Form. Merk.* Nr. 45; *Form. Turon.* Nr. 23; *Form. Lind.* Nr. 18 (*Form. S. Emm.* II Nr. 21).

[2]) Die absolute Klausel findet sich fast durchgängig: *Form. Andecav.* Nr. 20; *Form. Marc.* II Nr. 32 (*Form. Augien.* B. Nr. 18), 52; *Cart. Senon.* Nr. 1; *Form. Big.* Nr. 2; *Form. Merk.* Nr. 13b; *Form. Lind.* Nr. 9 (*Form. S. Emm.* II Nr. 9), 11; *Form. Augien.* B. Nr. 42; *Form. Sang.* Nr. 6; *Form Extr.* I Nr. 20. Abweichend ist *Coll. Sang.* Nr. 16, wo aber auch auf die Freilassung per denarium Bezug genommen wird.

[3]) *Form. Andecav.* Nr. 59; *Form. Marc.* II Nr. 29; *Cart. Senon.* Nr. 6; *Form. Big.* Nr. 11; *Form. Merk.* Nr. 31; *Form. Augien.* B. Nr. 41.

[4]) *Form. Turon.* Nr. 16; *Form. Lind.* Nr. 16.

[5]) Die absolut gefasste Klausel findet sich hier regelmässig: siehe *Form. Andecav.* Nr 2, 3, 19, 25; *Form. Arv.* Nr. 5; *Form. Turon.* Nr. 10; *Cart. Senon.* Nr. 4. Abweichend *Form. Marc.* II Nr. 28.

die Norm, welche durch den Vertrag um Gut geschaffen wird, an Jedermann richtet, so geht ihre Sanction — die Strafdrohung — gleichfalls gegen Jedermann. Sodann ist hervorzuheben, dass den Rechtsgeschäften, die persönliche Gewaltverhältnisse begründen, vielfach ein Vertrag um Gut im eigentlichen Sinne zur Seite steht, wie z. B. bei der obnoxiatio, wenn Jemand, qui se ipsum vendit, sein Eigenthum in das neubegründete Gewaltverhältniss mitbringt. Die Zusammenstellung dieser Rechtsgeschäfte mit dem Vertrag um Gut erscheint hierdurch zur Genüge gerechtfertigt.

Es ist nun der Wille des objectiven Rechts, dass Niemand einen solchen Vertrag oder ein solches Rechtsgeschäft, bezw. den dadurch hergestellten Zustand anfechten oder stören soll. Allein die Urkunde und ihre Begebung konnte diese Wirkung, auch wenn sie die heimischen Uebereigungsformen als beobachtet darstellen, nicht mit genügender Sicherheit hervorbringen: daher die Strafdrohung. Diese Strafdrohung ist eine Privatdisposition im engeren Sinne, die die Unterstützung des objectiven Rechts bezweckt. Auch die Einzelnen können, sei es durch Verträge oder sonstwie, formelles wie materielles Recht schaffen, allerdings nur innerhalb enger Schranken und unter besonderen Umständen, die durch die Schwäche der Legaldisposition gegeben sind. In unserem Falle ist die absolut gefasste Norm der Tendenz nach in der Legaldisposition begründet und wird durch die Privatdisposition in der Form einer Strafsanction unterstützt. Es liegt auf der Hand, dass solche Massenerscheinungen, wie die in den fränkischen Urkunden Jahrhunderte hindurch vorkommenden Strafklauseln, vom rechtsgeschichtlichen Standpunkt aus irgend einer dogmatischen Erklärung fähig sein müssen. Diejenige, welche hier gegeben wird, geht darauf hinaus, dass die betreffenden Erscheinungen sich einem bestimmten Allgemeinbegriff subsumiren lassen. Es ist dies der Begriff einer Strafsanction kraft Privatdisposition i. e. S., die sich an eine durch Legaldisposition geschaffene, der Tendenz nach absolut gefasste Norm anschliesst.

Durch diese Construction ist auch die Frage nach der practischen Bedeutung oder Realisirbarkeit jener Klauseln

principiell beantwortet. Man ist hier auf aprioristische Erwägungen angewiesen, allein es scheint, als ob mit unserer Grundanschauung ein ziemlich sicheres Bild gewonnen werden könnte. Wenn die Strafdrohungen wirklich eine blosse Erinnerung an die gesetzlichen Strafen wären, indem sie z. B. die auch in dem Gesetz enthaltene poena duplae wegen unbefugter Anfechtung eines Rechtsgeschäfts vorschreiben, so würden sie deshalb nicht ohne eigene Wirkung sein: sie würden die Legaldisposition verstärken. Die Aussicht, die Strafsumme zu bekommen, vermehrt sich um ein Unberechenbares, wenn sie in der Urkunde versprochen worden ist, mag nun der Aussteller der Urkunde oder ein Dritter der Zuwiderhandelnde sein. Fällt die Verletzung, die in der Urkunde mit Strafe bedroht wird, wie es regelmässig der Fall ist, nicht unter ein Strafgesetz, das hinsichtlich seiner formalen Gestalt über den Standpunkt des blossen Rechtsbewusstseins hinausgekommen ist, so ist die Strafdrohung auch darum nicht wirkungslos: sie kann eine „freiwillige" Erfüllung bewirken, die sonst nicht zu Stande gekommen wäre, sei es nun, dass dies die Furcht vor einer ungerechten Strafe oder aber das Bewusstsein von der Gerechtigkeit der Strafe bewirkt. Steht die Androhung der Strafe, bezw. deren Betrag mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein im Einklang, so kann sie auch mit einer grösseren oder geringeren Aussicht auf Erfolg vor Gericht geltend gemacht werden, wenn die Umstände derartig sind, dass die Verurtheilung des Zuwiderhandelnden zu einer Busse als *gerecht* erscheint. Es liegt die Annahme nahe, dass, wenn in einer Urkunde, die von der siegreichen Partei im Gericht produzirt wird, schon ein fester Strafsatz vorliegt, dieser gewählt wird: er wird gewählt, weil er eben da ist — und weil er bei dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts von den massgebenden Parteien gewillkürt war[1]). Dringt dagegen

[1]) Das Gericht kann Recht schaffen und schafft es in dem altgermanischen Process in weitem Umfange. Hier hätte dies durch Auferlegung einer arbiträren Geldstrafe geschehen können. Allein die arbiträren Strafen widerstreben dem altgermanischen Volksrecht, das vielfach an die ursprüngliche Idee der compositio als einer gewillkürten Strafe, die von vorn herein fixirt ist, festhält. Wir verwerthen also den Ursprung

der Kläger mit seinem Anspruch durch, so kann selbstredend von einer Verwirkung der Strafe nicht die Rede sein. Die Parteiabsichten mögen dahin gehen, dass das Rechtsgeschäft von jeder Anfechtung frei sein soll. Insoweit dies der Fall ist, hat die Klausel, wenn die Sache vor Gericht kommt, keine Wirkung: sie ist dann in Wahrheit exorbitant, ihre juristische Wirkung wäre gleichfalls eine exorbitante und als solche von der Rechtsgeschichte wie andere fehlerhafte Urtheile nur zu registriren. In dieser Unsicherheit der Realisirbarkeit der Klauseln kommt wiederum die Natur der Privatdisposition i. e. S. zum Vorschein.

Wenn dies Ergebniss noch allzu unbestimmt erscheint, so ist schliesslich daran zu erinnern, dass die Wirkung eines Sicherungsmittels zunächst etwas Ungreifbares — eben die Sicherung — nicht die weitere Folge ist, die bei wirklichen Verletzungen eintreten soll. Ein Strafgesetz, dessen Strafsatz niemals angewendet worden ist, wird man deswegen nicht unpractisch nennen.

§ 5.

Die clausula heredum und die „zwischengeschobene" Person.

Zur Unterstützung der oben dargelegten Ansicht über die juristische Natur der Strafklauseln mag auf eine Erscheinung eingegangen werden, deren Bedeutung von Löning nicht besprochen wird: es ist die in den Strafklauseln regelmässig vorkommende Erwähnung der *Erben*. Auch die Erben des Ausstellers sollen für den Fall der Contravention (der Anfechtung) die Busse zahlen. Löning hat diesem Theil der Klauseln keine Aufmerksamkeit geschenkt, offenbar weil er die

der Bussen aus der compositio in einem anderen Sinne als *Löning* (a. a. O. S. 589). *Löning* geht davon aus, dass die gesetzlichen Bussen nur das gewöhnliche Strafmass darstellen, und folgert daraus, dass, wenn im einzelnen Falle etwas anderes festgesetzt wurde, dies nichts Exorbitantes sei — d. h. den gesetzlichen Charakter der Bussen nicht aufhebe. Wir wollen in dem ursprünglich conventionellen Charakter der Busse die Erklärung für die Abneigung der Volksrechte den arbiträren Strafen gegenüber erblicken, und folgern wiederum hieraus, dass, wenn die gesetzlich fixirten Bussen nicht als ausreichend angesehen wurden, die Fixirung ganz von selbst der Privatdisposition überlassen wurde.

Gebundenheit der Erben durch die Dispositionen des Erblassers als selbstverständlich erachtet hat. Es unterliegt auch keinem Zweifel, dass die clausula heredum mit dem gesammten Urkundenwesen aus dem römischen Recht herübergekommen ist und insofern ursprünglich als eine überflüssige Zuthat angesehen werden muss. Allerdings wurde auch im römischen Verkehrsleben hier und da die mentio heredum zur Aufrechterhaltung von Rechtsverhältnissen, die durch den Tod eines Contrahenten aufgelöst werden, angewendet, allein die Spuren dieser Sitte sind zu unbedeutend, um die Bezugnahme auf den Erben im germanischen Verkehr zu erklären. Es ist vielmehr an die dem germanischen Recht eigenthümliche Stellung der Erben in Bezug auf Liegenschaftsveräusserungen anzuknüpfen. Nimmt man mit der älteren Ansicht an, dass das Beispruchsrecht der Erben bei Liegenschaftsveräusserungen kein ursprünglich germanisches Institut gewesen ist[1]), so weist die clausula heredum darauf hin, dass es als zweifelhaft erscheinen konnte, ob eine Disposition, zu welcher der Beispruch der Erben der Sitte gemäss einzuholen war, ohne solchen Beispruch wirksam war. Es wird daher besonders gegen die Erben eine Privatdisposition erlassen, welche verbietet, die Verfügung aus dem Grunde der Nichtbeachtung jener Sitte anzufechten. Der Kreis der Erben, deren Beispruch nach der Sitte gefordert wurde, war kein geschlossener: er konnte nur die nächsten, aber auch entferntere Verwandte umfassen. Daher bildet die Erwähnung der heredes (und proheredes) zwar die Regel, aber es kommen nicht selten auch andere Ausdrücke vor, wie successores, propinqui u. s. w.[2]).

---

[1]) *Beseler*, Erbverträge I S. 51 ff. gelangte bekanntlich zu dem Ergebnisse, dass die Veräusserung von Immobilien ursprünglich von dem Beispruch der Erben unabhängig war, obwohl schon früh die Sitte entstand, einen solchen Beispruch einzuholen, und zwar anfangs nur zu Gunsten der Kinder, später auch zu Gunsten der entfernteren Verwandten. — Die ganze Frage ist noch eine offene, vgl. *Heusler*, Institutionen II S. 54 ff. und die Litteraturnachweise bei *Rosin*, Jhering's Jahrb. XXXII S. 328 Anm. 3.

[2]) Siehe z. B. *Chartes de l'abbaye de Cluny*, Tom. I Nr. 105 aut de propinquis meis vel affinis, Nr. 116 aut aliquis de parentela nostra, Nr. 208 noster propinquis, Nr. 249 nos vel successores nostri, Nr. 293 aliquis de propinquis meis vel parentibus, Nr. 294 de heredibus vel coheredibus

Wenn jene ältere Ansicht richtig ist, so stimmt die Richtung der Strafdrohungen gegen die Erben mit der allgemeinen Function der Strafdrohung kraft Privatdisposition völlig überein. Je mehr gegen das Recht des Eigenthümers, über das Grundstück frei zu verfügen, obwohl es formell noch feststeht, eine Sitte erwächst, die den Beispruch der Erben fordert, um so mehr wird jenes Recht zweifelhaft, und die Strafdisposition tritt in typischer Function ein, um das jetzt schwach gewordene Verkehrsgebilde des Veräusserungsgeschäfts zu sichern [1]). Wenn die Urkunden auch später, nachdem das Beispruchsrecht der Erben ausser Zweifel stand, die Erben besonders erwähnen, so kann dies bei der Zähigkeit solcher Klauseln, sowie bei dem auf der Hand liegenden Interesse der Parteien nicht auffallen. Indessen dürfte die Erwähnung der Erben innerhalb des Zeitraumes, den die absoluten Klauseln umfassen, im grossen Ganzen im Abnehmen begriffen sein. Sodann ergiebt sich,

---

meis, Nr. 312 de parentibus vel de aliquibus christianis, Nr. 324 quis vero de parentela, Nr. 385 aliquis de parentibus meis, Nr. 524 de heredibus vel posteris meis, Nr. 724 aliquis qualibet consanguinitate mihi conjunctus, vel nepos, Nr. 746 ullus de filiis et filiabus nostris, seu ceteris heredibus vel coheredibus nostris, Nr. 821 aliquis ex heredibus ejus aut propinquis. Ueber die Erwähnung der *coheredes* vgl. *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 196.

[1]) A. a. O. S. 52 bespricht *Beseler* die Bedeutung der Strafklauseln in folgender Weise: „Dass durch solche einseitige Androhungen kein gutes Recht genommen werden konnte, war jener einfachen Zeit gewiss ebenso einleuchtend, als der jetzigen; aber zum Schutz des Erwerbers vor einem Rechtsstreit und oft schwierigen Beweis mussten sie von grosser Wirkung sein. Und eben als Sicherung gewährend, nicht als nothwendig zur Stätigkeit der Veräusserung stellen sich diese Versuche, die Erben abzuschrecken, dar". Allein, wenn es selbstverständlich ist, dass die Strafdrohung den Erben kein gutes Recht entziehen konnte, wenn sie ein solches gehabt hätten, so muss es auch nicht weniger selbstverständlich sein, dass sie jeder thatsächlichen Unterlage hätte entbehren müssen, wenn es ausgemacht wäre, dass der Eigenthümer unabhängig von den Erben über sein Eigenthum hätte verfügen können. Die Abschreckung würde immer wirkungslos sein, entweder weil sie völlig unberechtigt, oder weil sie völlig überflüssig wäre. Vgl. oben S. 13ff. Dagegen wird die Wirkung jener Klauseln verständlich, wenn sie als Versuche seitens der Parteien aufgefasst werden, ein Rechtsgeschäft, dem eine allmählich wachsende Sitte widerstrebt, zu unterstützen oder zu sichern.

dass die absolut gefassten Klauseln selbst um die Zeit der Befestigung des Beispruchsrechts immer seltener werden.

Nimmt man dagegen mit der jetzt herrschenden Ansicht an, dass schon zur Zeit der Volksrechte ein wirkliches Beispruchsrecht der Erben existirt habe, oder sieht man in dem Beispruchsrecht sogar eine Erscheinung des urgermanischen Rechts, so wäre zunächst an die Trübung des Beispruchsrechts durch das Eindringen römischer Anschauungen und ebenso an die interne Abschwächung desselben zu einem blossen Retractsrecht zu erinnern. Schliesslich bleibt es auch bei dieser Ansicht zweifelhaft, welchem Kreise von Verwandten der Anspruch von Rechtswegen zusteht. Die Verfügung über Immobilien kraft Einzelwillens bleibt daher nach verschiedenen Richtungen hin zweifelhaftes Recht.

Immerhin scheint uns von den hier besprochenen Erscheinungen aus die ältere Ansicht über den Ursprung des Beispruchsrechts den Vorzug zu verdienen. Wenn die Frage zugespitzt wird, so hat wohl die Ansicht, welche aus dem vorhistorischen Gesammteigenthum, wenn ein solches anzunehmen ist, das Beispruchsrecht erst durch die Sitte hervorgehen lässt, die innere Wahrscheinlichkeit für sich. Wie dem auch sei, so stellt sich auch bei der gegentheiligen Auffassung die Erwähnung der Erben nicht als eine überflüssige Zuthat dar, sondern sie hat eine materielle Bedeutung, die wiederum unserer Auffassung über die Function der Strafklauseln eine Stütze gewährt.

Sodann ist zu beachten, dass der Kreis der beispruchsberechtigten Personen nicht auf die Verwandten allein beschränkt war. Beispruchsrechte oder wenigstens Retractsrechte stehen bekanntlich vielfach den Nachbarn und anderen mit dem Veräusserer in Dorfsgemeinschaft stehenden Personen zu [1]). Daher

[1]) Es fällt hierdurch ein Licht auf die oben aufgestellte Behauptung, dass das Rechtsgeschäft selbst als ein von dem objectiven Recht gewolltes erscheint. Eine engere oder weitere Gemeinschaft ist ganz regelmässig bei Liegenschaftsveräusserungen mehr oder weniger unmittelbar interessirt. Zunächst wird im Interesse der Personen, die dieser Gemeinschaft angehören, zu der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht nur eine fehlerfreie Willenserklärung, sondern vor allem ein von der Rechtsordnung gebilligter

wird neben den Erben die alia persona erwähnt. Hiermit soll natürlich nicht gesagt werden, dass die alia persona nur diese Nachbarn u. s. w. umfasse, allein sie sind eine besondere Gruppe innerhalb des ganz unbestimmten Kreises, der durch die alia persona bezeichnet wird. Es liegt auf der Hand, dass diese Gruppe ein vermittelndes Moment von grosser Bedeutung für die Entstehung der absolut gefassten Klauseln aus den relativen des römischen Rechts gewesen sein muss. Die clausula heredum ist ein vermittelndes Moment zwischen der Haftung des Ausstellers der Urkunde und der Haftung der alia persona, einmal weil der Erwähnung der Erben ein wirkliches Bedürfniss zu Grunde liegt, und sodann weil in der Kategorie der alia persona eine Gruppe von Personen steckt, deren Ansprüche mit den Ansprüchen der Erben analog sind. —

Als ein zweites vermittelndes Moment ist die zwischen den Aussteller, bezw. seine Erben und die ganz unbestimmte alia persona eingeschobene apposita oder opposita persona anzusehen [1]). Eine materielle Grundlage muss auch diesen in den Klauseln regelmässig vorkommenden Worten zuerkannt werden. An processualische Stellvertreter im eigentlichen Sinne ist nicht zu denken, da die Stellvertretung dem germanischen Rechte so sehr widerstrebte, dass sie der Regel nach verboten war, und ein solches Verbot einem directen Zuwiderhandeln gegen-

---

Inhalt des Rechtsgeschäfts erfordert. Das Rechtsgeschäft unterliegt im altgermanischen Recht einer concreteren Normirung seitens der Rechtsordnung, als dies im römischen Recht der Fall ist. Beiläufig sei bemerkt, dass auch die vielfach in dem altgermanischen Recht vorkommende Bedingung echter Noth als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Veräusserung von Immobilien in diesen Zusammenhang gehört.

[1]) Aus den *Chartes de l'abbaye de Cluny* Tome I verzeichnen wir beispielsweise folgende Varianten: Nr. 13 quelibet ulla emissa persona, Nr. 26 ulla emissa vel subrogata persona, Nr. 35 ulla emissa opposita persona, Nr. 50 ulla extranea persona, Nr. 52 ulla emissa persona interposita, Nr. 59 ex quacumque parte opposita persona, Nr. 196 aliqua intromissa persona, Nr. 208 quilibet extraneus, Nr. 210 ulla emissa persona vel oposita, Nr. 233 quilibet ulla immissa persona, Nr. 409 aliqua submissa persona, Nr. 491 ulla intromissa aut apposita persona, Nr. 629 quelibet apposita persona, Nr. 699 aliqua subintroducta persona, Nr. 705 amissa persona, Nr. 803 ulla amissa aut apposita persona, Nr. 806 aliqua injuste immissa persona.

über leicht aufrecht erhalten werden kann. Dagegen ist u. E. zunächst an die Unsitte, die aus dem römischen Rechtsleben bekannt ist, zu erinnern, kraft welcher ein potentior als Processpartei eingeschoben wurde. Entweder wurden die Ansprüche den potentioribus übertragen, um die Realisirung zu erleichtern, oder man suchte in anderer Weise das patrocinium potentiorum zu benutzen, um den Processgegner und den Richter einzuschüchtern. Die Strafen wegen eines solchen Verfahrens richten sich in erster Linie gegen den wirklichen Anspruchsinhaber, aber auch die potentiores, qui se sponte alienis litibus inseri patiuntur, werden wenigstens als famae suae prodigi et calumniarum redemptores gekennzeichnet (l. 1 § 4 C. de his, qui potentiorum 2. 14). Dass diese Unsitte sich auch bei dem römisch-germanischen Verkehr eingebürgert hatte, wird z. B. durch die l. rom. Visig. Cod. Theod. II 14, 1 bezeugt [1]). In der interpretatio zu dieser Stelle hat die Strafdrohung gegen die potentiores schon eine bestimmtere Form angenommen: quod si ex eorum voluntate factum fuerit, quorum nomina libelli testantur, publice debet dignitas eorum pro omni vilitate notari. Aus inneren Gründen ist es nun durchaus wahrscheinlich, dass die „zwischengeschobene" Person vielfach in erster Linie eben solche potentiores bedeutet. Auffällig ist freilich, dass die ausdrückliche Hervorhebung der persona potentior in den Urkunden ziemlich selten vorkommt [2]).

Nach der Hauptmasse der Urkunden richtet sich das Verbot überhaupt gegen die Anwendung einer apposita, opposita, emissa, submissa persona. Vielfach wird diese Person sogar als eine dem wirklichen Anfechter untergeordnete angedeutet. Aber auch dies ist aus dem römischen Verkehrsleben zu erklären, wo die zwischengeschobene Person in diesem Sinne häufig vor-

---

[1]) Vgl. Edictum Theodorici Cap. 43, 44, Lex romana Burg. Tit. 43, Lex Burg. Gundebati Tit. 22, 55.

[2]) Siehe jedoch z. B. *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille* Nr. 150: Quod si quos donatores vel aliqua magna parvaque persona contra hauc cartam donationis nostre venerint ..... Nr. 165: Si quis igitur heredum vel parentorum nostrorum ullave potens quamvis persona contra hanc donationem ire temptaverit . , ... Nr. 547: ullave potens quamvis persona.

kommt. (Vgl. Brinz, Pand. 1 Ausg. S. 1599.) Dem römischen Sprachgebrauch und dem diesem zu Grunde liegenden Gedanken am nächsten steht die interposita persona, die in den fränkischen Urkunden ausserordentlich häufig vorkommt[1]). Dieselbe Bedeutung wie die interposita persona hat auch die durchaus gewöhnliche apposita persona: apponere für interponere ist bekanntlich in den römischen Quellen nichts Seltenes. Der opposita persona liegt ein ähnlicher Gedanke zu Grunde, d. h. der Gedanke, dass ein Anderer von dem wirklichen Kläger vorgeschützt wird: also personam opponere in demselben Sinne wie potentiorem nobis opposuerit adversarium (l. 1 § 1 D. de alienat. iud. 4. 7), oder wie potentium titulos et clarissimae privilegia dignitatis his, a quibus in ius vocantur, opponere (l. 1 pr. C. de his, qui potentiorum 2. 14). Die Bedeutung der emissa, immissa, subrogata, subintroducta persona u. s. w. bedarf keiner Erläuterung. Die amissa persona ist ersichtlich aus emissa persona verderbt.

Sodann ist hervorzuheben, dass die Worte, welche in dieser Weise die zwischengeschobene Person bezeichnen, allmählich ihre technische Bedeutung verloren haben[2]). Es liegt in der Natur der Sache, dass, weil es sich um ein Verfahren handelt, das überhaupt als illoyal zu charakterisiren ist, die Tendenz dahin gehen muss, jede illoyale Handlungsweise nach der betreffenden Richtung hin als strafwürdig zu erklären. Es ist daher nicht nur an das Verfahren, das eine fremde Person in einen schon begonnenen Process einzuschieben versucht, sondern auch, und zwar in erster Linie, an das Verfahren vor

---

[1]) Die interposita persona begegnet in den römischen Quellen mehrmals z. B. l. 18 D. de sponsal. 23. 1, l. 4 D. de donat. 39. 5, l. 87 § 7 D. ad leg. Falc. 35. 2. Häufig tritt die Tendenz zu illoyaler Anwendung hervor, z. B. l. 5 pr. § 2 D. de donat. inter virum et uxorem 24. 1, l. 5 § 3 D. de auctoritate 26. 8, l. 14 D. quae in frandem 42. 8. Ebenso findet sich die supposita persona in l. 46 D. § 2 de iure fisci 49. 14 in illoyaler Anwendung. Aus den Urkunden vgl. z. B. Instrumentum donationis v. J. 587 bei *Spangenberg* Nr. 34, bei *Marini* Nr. 89: In quo donationis pagina spondeo, atque promitto, nunquam me, heredes, sucessoresque meos, nec *per aliam quamlibet dolosam fictitiamque personam* pro cujuslibet legis interventu contra[illegible]am inferre voluntatem.

[2]) Ueber den römischen Sprachgebrauch vgl. *Brinz* a. a. O. S. 1600.

dem Beginn des Processes zu denken, wo der Anfechter durch Drohungen und Unterstützung derselben durch die potentiores den Gegner zum Nachgeben zu bestimmen versuchte. Von hier aus ist der Uebergang zur gewaltsamen Störung von Besitzverhältnissen leicht. Wie früher erwähnt ist, sind die Strafdrohungen auch auf Derartiges gemünzt. Andererseits bietet das Beispruchsrecht, bezw. das Retractsrecht der Erben, Nachbarn u. s. w. vielerlei Veranlassung zur Anwendung von zwischengeschobenen Personen, die nicht potentiores zu sein brauchen.

Das Ergebniss ist also, dass die Erklärung der zwischengeschobenen Person zwar an das spätrömische Verkehrsleben anzuknüpfen hat, andererseits aber auf germanische Rechtszustände zurückgehen muss. Nach der letzten Seite hin bildet die zwischengeschobene Person eine besondere Gruppe innerhalb der Kategorie der „alia persona". Es liegt auf der Hand, dass die Bezugnahme auf die zwischengeschobene Person hierdurch zu einem sehr bedeutsamen Momente für die Vermittelung zwischen den absoluten und den relativen Klauseln wird. Allein, ebensowenig wie sich die alia persona mit den Nachbarn u. s. w., welche neben den heredes stehen, deckt, ebensowenig deckt sie sich mit der zwischengeschobenen Person, so lange diese eine irgendwie technische Bedeutung hat. Es muss daher für das Gebiet, welches hierdurch nicht gedeckt wird, auf die obigen Erörterungen über die dingliche Wirkung der Veräusserungsgeschäfte hingewiesen werden [1]).

§ 6.

Die Vertheilung der Busse zwischen dem Verletzten und dem Fiscus.

Es ist schliesslich über die Frage nach dem Grunde für die Vertheilung der Busse zwischen dem Verletzten und dem

[1]) Dies wird um so nothwendiger, weil in zahlreichen Urkunden die zwischengeschobene Person überhaupt nicht erwähnt wird. So z. B. durchgängig in dem *Cartulaire de l'abbaye d'Ainay*. In dieser Sammlung findet sich nur eine einzige Urkunde mit jener Klausel Nr. 179 ..... si ego aut ullus homo surrexit, aut ulla emissa persona. (Dagegen allerdings „aut ullus homo aut ulla persona", Nr. 81, 91, 99, 124, 142, 149, 163.)

Fiscus ein Wort zu sagen[1]). Dass diese Vertheilung der Parteidisposition gemäss für gewöhnlich eintritt, erklärt sich nach Löning dadurch, dass die Strafe nichts Anderes als die gesetzliche compositio sei, und in derselben Weise wie diese vertheilt würde[2]). Die Vertheilung, wie sie in den Urkunden vorgeschrieben wird, sei nur die Anerkennung des dem Gemeinwesen ohnehin zukommenden Antheils der Busse. Es soll nicht bestritten werden, dass die Analogie mit der gesetzlichen Busse vielfach für die Parteien das bestimmende Motiv für die Vertheilung gewesen ist[3]). Wo sich in den Urkunden, wie es häufig der Fall ist, keine Bestimmung über die Vertheilung der Busse findet, ist daher die Absicht anzunehmen, dass sie wie die gesetzliche compositio vertheilt werden soll. Allein, wenn man von dem Begriffe einer Privatdisposition im engeren Sinne ausgeht, so gelangt man von selbst zu einem Ergebniss, das auf eine Vermittelung zwischen jener Auffassung und einer älteren, von Bluhme vertretenen Ansicht hinauskommt. Nach Bluhme's Ansicht[4]) wären die fiscalischen Strafen dem Richter im Voraus als Wette zugesichert, um den obrigkeitlichen Schutz für die Ausführung der Conventionalstrafe zu bewirken. Löning wendet dagegen

---

[1]) Eine solche Vertheilung ist zwar die Regel, abweichende Bestimmungen sind aber nicht selten. Oft wird nur der Verletzte als Bussberechtigter erwähnt (z. B. *Form. Andecav.* Nr. 1c., *Form. Marc.* II Nr. 10, 13) oder vorausgesetzt (z. B. *Form. Andecav.* Nr. 4, 25, 40, 45), oder es wird über eine Vertheilung nichts bestimmt (z. B. *Form. Andecav.* Nr. 36, 39), oder es wird neben der der Processpartei zufallenden poena duplae dem Fiscus eine feste Busse zugesprochen (z. B. *Form. Sal. Lind.* Nr. 13, 16, 18 *Form. Augien.* Coll. B. Nr. 1, 2), oder die Busse wird endlich dem Fiscus allein zuerkannt (z. B. *Form. Argentin.* Nr. 1, 2, 3; *Form. Augien.* Coll. A. Nr. 14 Coll. B. Nr. 21, 24, 25, 37; *Form. Sang.* Nr. 2, 4).

[2]) *Löning* a. a. O. S. 582.

[3]) Bei *Löning* kommt hier allerdings ein circulus vitiosus zum Vorschein: weil die Klauseln gesetzliche Strafen enthalten, fällt ein Theil der Busse dem Fiscus zu (a. a. O. S. 582), und „Das Zuweisen eines Straftheils an den Staat beweist ....., dass die zu zahlende Strafe an sich nicht eine bloss *versprochene* ist" (a. a. O. S. 582 Anm. 61). Bei dem letzten Argument wird die Figur des Vertrages zu Gunsten Dritter ausser Acht gelassen.

[4]) Citirt bei *Löning* a. a. O. S. 582 Anm. 61.

ein, dass „der richterliche Schutz behufs Realisirung von rechtlichen Privatdispositionen keineswegs durch Zusicherung einer Entschädigung bedingt (ist).“ Dieser Einwand wird jedoch durch den Hinweis auf die Privatdisposition im engeren Sinne erledigt: er ist offenbar zu rationalistisch gedacht, um für den hier in Rede stehenden Fall zutreffend zu sein. An directe Entschädigung ist freilich nicht zu denken, wohl aber an eine besondere Vergütung der Gesammtheit, bezw. des Richters, für den den zweifelhaften Rechtsgebilden der Privatdisposition i. e. S. gegebenen Rechtsschutz[1]). Schon durch den Wortlaut der Klauseln scheint diese Auffassung gerechtfertigt: neben dem sociante fisco, una cum socio fisco findet sich oft ein cogente, distringente fisco, cogente iudiciaria potestate und ähnliches, das nicht eben, wie Löning annimmt (a. a. O. S. 581), auf den *gesetzlichen* Charakter der Strafe hinweist, sondern vielmehr der Wortinterpretation gemäss den Sinn giebt, dass die obrigkeitlichen Organe die Busse *eintreiben* sollen. Auch die kürzere Form coactus exsolvat weist auf die obrigkeitliche Execution hin, nicht auf die Legaldisposition. Dass ein Theil der Busse dem Fiscus zufällt, wird eigentlich durch diese Worte nicht gesagt, muss aber aus den promiscue angewendeten Formulirungen gefolgert werden[2]). Die Vergewisserung der Parteien hinsichtlich der Realisirung der Strafdispositionen wird ganz natürlich dadurch verstärkt, dass das Gemeinwesen der Busse theilhaftig wird.

Wenn Löning auch in dieser Eigenthümlichkeit einen

---

[1]) Es ist der Gedanke nicht abzuweisen, dass, wenn dem Fiscus durch das cogente fisco ein Antheil an der Busse zugesichert wird, dies dem *Richter* durch die oft vorkommenden Worte cogente iudiciaria potestate gegeben werden soll. Sodann wird in einer Reihe von Urkunden ausdrücklich gesagt, dass die Bussen dem Richter gezahlt werden sollen, z. B. *Carlulaire de Saint-Père de Chartres* Lib. VII c. 10, 17, 27, 62, Lib. VIII c. 3. — Unrichtig ist die Charakterisirung der Busse als Wette. Die Processstrafen des alten Rechts hatten vielfach diesen Charakter, hier aber liegt u. E. eine reine Strafe vor.

[2]) Wir erinnern an die ähnliche Unsicherheit im byzantinischen Rechte, wo in derselben Weise die Formulirung Zweifel darüber erregen kann, ob die Strafen, welche durch den Fiscus oder die öffentlichen Organe eingezogen werden sollen, auch dem Fiscus zufallen. S. oben S. 43.

Widerspruch mit dem Begriffe der Conventionalstrafe findet, so ist dies natürlich in Bezug auf das klassische römische, sowie das geschriebene Justinianische Recht nicht zu bestreiten, allein auch in den römischen Quellen finden sich bekanntlich Spuren einer Praxis, die dem Fiscus einen Theil der Conventionalstrafe zuerkannte. Es muss wiederholt eingeschärft werden, dass dies Verfahren unzulässig ist. Dennoch hat es sich, wie früher hervorgehoben, im Orient dauernd eingebürgert. Der geschichtliche Zusammenhang mit den analogen Erscheinungen in den fränkischen Urkunden mag auf sich beruhen, weil die occidentalischen leges romanae nichts Hierhergehöriges enthalten. Aber es dürfte nicht allzu gewagt sein, die Vermuthung aufzustellen, dass ähnliche Tendenzen auch hier aufgetaucht seien[1]). Wenn diese Annahme richtig ist, so gelangt man an diesem Punkte zu demselben Ergebnisse wie bei den früher besprochenen Theilen der Klauseln. Es findet sich, wenn nicht in dem geschriebenen römischen Recht, so doch in der Praxis der Provincialen, bezw. im römischen Vulgarrecht eine Tendenz, fiscalische Multen in Privatcontracten zu stipuliren. Möglich ist, dass die älteste germanische Urkundenpraxis an diese Tendenz angeküpft hat. Auch wenn dies nicht der Fall gewesen ist, so besteht eine innere Verwandtschaft zwischen den Fiscalmulten der germanischen und der byzantinischen Praxis in Bezug auf das Motiv für die Zuwendung einer Busse an den Staat: sie findet statt, um der Obrigkeit an der Aufrechthaltung, bezw. Realisirung der Parteidispositionen ein eigenes Interesse zu schaffen. Indessen wird auch hier das Endergebniss dies, dass man mit Rücksicht auf die grosse Mehrzahl der germanischen Urkunden zu der Auffassung gelangen muss, dass die römischen Fiscalmulten den Principien des germanischen Rechts gemäss umgebildet worden sind, und demnach — wie von Löning hervorgehoben — wesentlich in der Analogie mit der gesetzlichen compositio ihre Erklärung finden. Für diese Analogie spricht noch besonders der oben hervorgehobene allgemeine Parallelismus zwischen der Legal- und Privatdisposition hinsichtlich der Strafen des germanischen Rechts.

[1]) Vgl. *Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht S. 533.

Kap. III.

Die Ausläufer der Strafklauseln im späteren Mittelalter.

Während des 11. Jahrhunderts nimmt der Gebrauch der oben besprochenen Strafklauseln stetig ab. Die Anwendung von kirchlichen Strafdrohungen dagegen, die in fränkischer Zeit bekanntlich vielfach neben den Bussen des weltlichen Rechts vorkommen, haben die letztgenannten überdauert. Mit dem Verschwinden der Bussen werden die kirchlichen Strafdrohungen noch häufiger und bilden einen ganz regelmässigen Bestandstheil der Urkunden. Insofern die Norm (der Vorsatz der Strafdrohung) unverändert geblieben ist, könnten bei dieser Sachlage die kirchlichen Strafklauseln als Ausläufer, oder wenigstens als Nachfolger der Bussen angesehen werden. Dass es die Parteien mit der Androhung von kirchlichen Strafen ernstlich gemeint haben, steht ausser Zweifel. Abwechselnd mit der Androhung von Excommunication wird freilich die Form der unmittelbaren Androhung von ewigen Strafen häufig und sogar überwiegend angewendet. Sehen wir von dieser Form zunächst ab, so stehen die weltlichen und kirchlichen Strafdrohungen hinsichtlich der Bedingungen ihrer Realisirbarkeit einander principiell gleich: sie werden realisirt, wenn derartiges am massgebenden Ort *gerecht* gefunden wird; in diesem Falle also, wenn die kirchlichen Behörden, denen die Befugniss zur Excommunication zusteht, von dieser Befugniss unter den in den Urkunden bezeichneten Umständen Gebrauch machen. Dass das Kirchenrecht die Anwendung dieser Strafe in den hierhergehörigen Fällen zulässt, ist bekannt. Insofern die betreffenden kirchenrechtlichen Bestimmungen als Gesetze zu bezeichnen sind, und nicht nur als Instructionen für die kirchlichen Behörden angesehen werden, sind die in den Urkunden enthaltenen Excommunicationsklauseln nur ein Hinweis auf die gesetzliche Strafe. Hier liegt also eine Verschiedenheit von der Androhung der weltlichen Bussen vor. Allein der Gegensatz ist kein schroffer. Die Parteiinitiative — wenn auch selbstredend von keiner unmittelbaren, bezw. greifbaren juristischen Wirkung — enthält auch hier eine Stütze für die Legaldisposition. Sodann

ist zu bemerken, dass die Legaldisposition hier streng genommen eine Privatdisposition im e. S. enthält, obschon sie nicht von einem Einzelnen ausgeht. Der Dualismus zwischen Staat und Kirche im Mittelalter wirkt dahin, dass die Satzungen der letztgenannten, insofern sie sich auf Thatbestände, die überwiegend dem weltlichen Recht zugehören, beziehen, unwillkürlich den Charakter von „autonomischen" Satzungen bekommen. Und zwar sind sie autonomisch nicht nur in dem Sinne, dass sie als Ausflüsse kirchlicher Gesetzgebung die Stellung der Kirchenmitglieder als solcher bestimmen, sondern auch in dem Sinne, dass sie mit den Satzungen des weltlichen Rechts concurriren. In letzterer Beziehung besteht zwischen der kirchlichen Autonomie und der Privatdisposition in e. S. eine Verwandtschaft. Diese Concurrenz kommt in dem hier in Rede stehenden Falle u. A. darin zum Vorschein, dass die kirchliche Strafe vielfach expressis verbis im Dienste der Civilexecution angewendet wird. So in den zahlreichen Fällen, wo neben der Reue — die schon an sich natürlich eine „thätige" sein muss — eine materielle Genugthuung als Bedingung für die Lösung des Kirchenbannes hervorgehoben wird. Siehe z. B. *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 3743 (v. J. 1100):

> Quod si quis successorum meorum, hoc donum quod ego feci pro remedio anime mee et pro remedio omnium parentum meorum, tam preteritorum quam futurorum, deleverit, aut violaverit, aut Clunicensi loco de ipso nocuerit, noceat illi quicquid est in celo aut in terra, et deleat illum Deus de libro vite, donec ad emendationem veniat, et satisfactionem Cluniacensi loco faciat.

Diese Formulirung, die sehr häufig vorkommt, ist als typisch anzusehen und liefert zugleich dafür den Beweis, dass die betreffenden Klauseln keineswegs als sinnlose Floskeln aufgefasst werden dürfen. Allerdings ist die unmittelbare Androhung von ewigen Strafen insofern sinnlos, als sie keine juristisch-greifbare Wirkung hat, aber es ist hervorzuheben, dass die Grenze hier nicht scharf gezogen werden kann. Verhältnissmässig selten formuliren die Parteien die Strafdrohung juristisch-technisch als eine Drohung von Excommunication, aber dennoch steht es fest, dass eine solche vielfach beabsichtigt ist.

Wenn nun gesagt wird, dass die ganz untechnisch gefassten Verwünschungsklauseln keine juristische Bedeutung haben, so ist dies selbstverständlich in dem Sinne richtig, dass ein Zuwiderhandeln keine besondere Rechtsfolge nach sich zieht. Unrichtig wäre aber die weitere Folgerung, dass die Rechtsgeschichte hier keine andere Aufgabe haben sollte, als die betreffenden Klauseln als Floskeln zu registriren. Es würde bei dieser Ansicht der geschichtliche Zusammenhang, der mit den älteren Strafdispositionen besteht, ausser Acht gelassen. Sodann würde die Bedeutung der den Strafdrohungen zu Grunde liegenden *Normen* als Indicien für die Natur der Wirkung des germanischen Vertrages übersehen werden. Wenn auch die Strafsanction keine Wirkung hat, so wirkt die Norm fortwährend zur Erhaltung und Befestigung jener dem römischen Recht widerstreitenden Regel, kraft welcher der germanische Veräusserungsvertrag die Tendenz hat, unmittelbar ein dingliches Recht unabhängig von der Besitzübertragung zu schaffen. Selbstredend behaupten wir hiermit nicht, dass eine solche Reaction gegen eine spezielle Regel des römischen Rechts von den Parteien beabsichtigt worden sei, allein die Reaction ist gleichwohl da, insofern dem Vertrag um Gut eine absolut gefasste Norm hinzugefügt wird. Wenn schliesslich die Klausel keine solche Function mehr ausübt, indem entweder die Begründung eines dinglichen Rechts durch den blossen Vertrag zu völlig zweifellosem Recht geworden ist, oder aber das römische Recht den entgegengesetzten Grundsatz zur Geltung gebracht hat, so steht sie als ein *Symptom* von der rechtlich anerkannten dinglichen Wirkung, bezw. von der dinglichen Wirkung da, wie sie im Widerspruch mit dem Gesetzrecht in dem germanischen Rechtsbewusstsein fortlebt. Wenn das wirkliche Recht gegen das allgemeine Rechtsbewusstsein einen Verstoss enthält, so greifen die Parteien zu Privatdispositionen, und zwar liegt dem Geiste des Mittelalters kein Ausweg näher, als die Appellation von dem irdischen Recht an das göttliche. Allerdings ist damit der Standpunkt des *Rechts*, dem die *Technik* unentbehrlich ist, begrifflich verlassen. —

In geradem Gegensatz zu den kirchlichen Strafdrohungen steht in dieser Hinsicht die Anwendung des *Siegels*, das auch

als ein Ausläufer der oben besprochenen Strafklauseln anzusehen ist. Das Siegel hat nur *juristisch-technische* Bedeutung. Dass auch das Siegel als Bekräftigungsmittel von Urkunden ein Nachfolger der Strafklauseln ist, tritt besonders deutlich in den Fällen zu Tage, in welchen der Vorsatz der Strafklauseln inhaltlich beibehalten sind, und nur die finale Form statt der conditionalen eingetreten ist. Vgl. z. B.

> *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 4235: Proinde ne ullus heredum meorum seu quelibet persona mihi successura audeat umquam vel possit reclamare et hanc donationis legitime cartam infringere, sed semper rata et inconvulsa maneat, sigilli mei munimine corroborari eam feci, ...

Die Strafsanction ist weggefallen, aber die Norm ist geblieben. Das Anhängen des Siegels ist an die Stelle der Strafsanction getreten. Sodann verwandelt sich die negative Formulirung der Norm in eine positive. Vgl. z. B.

> *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 4265 (v. J. 1178?): Ut autem haec rata permaneant, sigilli mei impressione et subscriptorum testium annotatione confirmari expediens duxi.

Wie diese Formel beweist, tritt jetzt auch die *Unterschrift von Zeugen* als Bestärkungsmittel in den Vordergrund [1]). Vgl. noch z. B.

> *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 4259 (v. J. 1177—1178): Porro autem, ne quispiam heredum vel nepotum nostrorum, seu per ignorantiam, seu per aliam quamlibet occasionem, in generationibus super venturis a nobis dissentiat, bonorum virorum, qui plurimi solempniter facte donationi interfuerunt, aliquot nomina subter annotare curavimus. Stephanus etc. Ut igitur presens carta majori roboretur munimine, eam sigillo domni Stephani, Matiscensis episcopi, roborari fecimus.

Sehr häufig wird sodann die Errichtung einer Urkunde ohne weiteres als Sicherungsmittel angegeben. Vgl. z. B.

---

[1]) Vgl. *Ficker*, Urkundenlehre I S. 87.

Chartes de l'abbaye de Cluny Nr. 3874 (v. J. 1108): Placuitque de tota causa et pacificatione inter se facta cartam describi istam ad stabilimentum rei, ad monimentum posteritatis.

Hiermit ist die Entwicklung zu ihrem Ausgangspunkt, wo die technische Bedeutung des Sicherungsmittels in erster Linie steht, zurückgekommen. Freilich ist die Wirkung dieses Sicherungsmittels jetzt erheblich abgeschwächt: ihre *Stärke* hat den Uebergang zu der Urkunde als Form des Rechtsgeschäfts bewirkt, die *Abschwächung* der Form zu einem blossen Sicherungsmittel hat in ihrem weiteren Verlauf den Weg für die Consensualverträge angebahnt. —

Wie oben nachgewiesen, ist das Gewährleistungsversprechen der Ausgangspunkt für die den fränkischen Urkunden eigenthümlichen Strafklauseln gewesen. Mit dem Aufhören dieser Klauseln tritt das Gewährleistungsversprechen wieder in den Vordergrund. Siehe z. B.

Chartes de l'abbaye de Cluny Nr. 3668 (v. J. 1093): Quidem expondemus atque promittimus nosque germani, una cum nostris heredibus, parti ipsius monasterii, aut cui pars monasterii dederit istam offersionem, qualiter supra, in omni tempore ab omni homine defensare; quod si defendere non potuerimus, aut si parti ipsius monasterii exinde aliquid per quodvis ingenium subtrahere quesierimus, tunc in duplum eandem offersionem parti ipsius monasterii aut cui pars ipsius monasterii dederit restituamus, sicut pro tempore fuerit meliorata aut valuerit sub extimacione in consimilibus locis. Vgl. Nr. 3670, 4000, 4042 u. s. w.

Sodann tritt die Conventionalstrafe ganz in römischer Form und Fassung auf. Siehe z. B.

Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille Nr. 968 (v. J. 1176): Et de omnibus istis pactionibus concedunt penam abbas et monachi monasterii Massiliensis de quingentis soldis, si quid ibi moverent super omnia bona sancti Poncii. Et pro istis pactionibus concedunt penam fratres Militie de Bailis super omnia bona que habent apud Aquis.

Nr. 1023 (v. J. 1197): Hanc autem transactionem sive amicabilem compositionem firmam tenere et contra non venire promisit utraque pars sollempni stipulatione interposita. Sciendum tamen quod P. de Vizini promisit priori prefato stipulanti penam L librarum regalis monete, cujus LX solidi valebant marcham unam argenti fini, si etc.

Mit der Conventionalstrafe concurriren jetzt andere Sicherungsmittel, die dem späteren Mittelalter eigenthümlich sind, wie der Eid (siehe z. B. *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 3966) oder das Versprechen des Einlagers (z. B. *Chartes de l'abbaye de Cluny* Nr. 3896, 4001). Diese Sicherungsmittel sind natürlich nur im ganz äusserlichen Sinne als Ausläufer oder Nachfolger der fränkischen Strafklauseln anzusehen.